

## 法政大學講義録

著者	牧野 菊之助, 加藤 正治, 板倉 松太郎
出版者	法政大學
巻	6
号	3学年の2
ページ	1-103
発行年	1906-11-30
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/5807">http://hdl.handle.net/10114/5807</a>

四十年度

法政大學講義錄

第六號

法政大學發行

(明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可  
毎月三回、十日、二十日、三十日發行)

明治三十九年十一月卅日發行

第參學年ノ二



0142



# 四十年 度 第六號 目次

民法 親

族 (自一五七至二六六)

法學士 牧野 菊之助

民法 相

續 (自一四七至二四六)

法學士 牧野 菊之助

商法 海

商 (自一五三至二六六)

法學博士 加藤 正治

民事訴訟法

自第六編 (自三三八至三八八)

法學士 板倉 松太郎

破産

法 (自一四七至二四〇)

法學博士 加藤 正治

雜錄

○判檢事辯護士試驗成績 ○大審院判例要旨

廢家ヲ爲サント欲スル者ハ戶籍法第一五二條ノ定ムル諸件ヲ具シテ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス故ニ廢家ハ分家ト同シク届出ヲ以テ爲スヘキ要式ノ意思表示ナリトス

廢家ハ何等ノ目的ナクシテ之ヲ爲スコトヲ許サス婚姻又ハ養子縁組等他家ニ入ルノ目的ヲ以テ之ヲ爲ササルヘカラス否ラサレハ單ニ廢家ニ因リテ無籍者ヲ生スルニ止マリ家族制ノ主義ニ背反スヘシ而シテ家ヲ廢スルト他家ニ入ルトハ全ク別個ノ行爲ナレトモ二者相關聯シテ分離スヘカラサルハ勿論廢家ノ届出ト他家ニ入ルコトヲ目的トスル行爲ノ届出トハ戶籍法上同時ニ之ヲ爲ササルヘカラス

意思能力ナキ未成年者ハ法定代理人ニ依リテモ廢家ヲ爲スコトヲ得ス若シ意思能力ヲ有スルトキハ法定代理人ノ同意ヲ得テ廢家ヲ爲スコトヲ得但届出ニ付テハ戶籍法第四六條ヲ適用ス可シ (明治三十七年十二月二日民刑局長回答)

## 第二項 絶家

絶家トハ戶主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキ爲メ法律ノ規定ニ依リ其家カ消滅スルヲ謂フ (七六四條) 其所謂家督相續人ナキトキトハ如何ナル場合ヲ指稱スルヤ相續法ノ規定ニ依レハ相續開始ノ當時法定ノ推定家督相續人ナキトキト雖モ或ハ指定ニ因リ或ハ選定ニ因リ家督相續人ト爲ルモノアリ隨テ相續開始ノ當時家督相續人ナキノ一事ヲ以テ直チニ絶家ト爲ルモノト謂フヘ

民法親族 本論 家ノ設立及ヒ消滅

カラス殊ニ第一〇五一條ノ規定ニ依ルトキハ相續人アルコト分明ナラサルトキハ相續財産ハ之ヲ法人トスト謂ヒ同條以下ノ規定ハ相續人搜索ノ目的ヲ以テ數回ノ公告ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ第一〇五八條ノ公告期間内ニ相續人タル權利ヲ主張スル者ナキトキハ相續財産ハ國庫ニ歸屬スルモノトセリ果シテ然ルトキハ家督相續人ナキコトノ意ハ確定スルマテハ未タ以テ家ノ存在ヲ否定スヘカラス家ノ存在ヲ否定スヘカラストセハ未タ以テ絶家ト認ムヘキニ非ス明治十七年第二〇號布告ニ依レハ單身戸主死亡又ハ除籍ノ日ヨリ滿六個月以内ニ跡相續人ヲ定メサルモノハ絶家トスト云ヘリ然レトモ該布告ノ廢止セラレタル今日固ヨリ之ニ遵據スヘキニ非ス而シテ第六四條ノ所謂家督相續人ナキトキ云云トハ家督相續人ナキコトノ確定シタルトキハ其家ハ絶家トスト云フニ在リテ家督相續人ナキコトノ確定スルハ法定、指定又ハ選定ノ家督相續人ナク相續人搜索ノ手續ヲ盡スモ尙ホ且相續人現出スルコトナク相續財産ノ國庫ニ歸屬スル時ニ在リト謂ハサルヘカラス隨テ此時期ヲ以テ絶家ノ時期ナリトスヘク相續人ナキトキハ相續開始ノ時ニ過リテ絶家ト爲ルモノト解スヘカラサルナリ

#### 第四款 家ノ再興

我民法ハ一旦消滅シタル家ヲ再立スルコトヲ許シ特ニ廢絶家ノ再興ト曰ヘリ其所謂家ノ再興トハ一旦消滅シタル家ヲ再立スルコトヲ目的トスル意思表示ナリトス

廢絶家ノ再興ハ分家ト同シタ廣義ニ於ケル一家ノ設立ニシテ再興者ハ其家ノ氏ヲ稱スルモ其家督ノ相續ヲ爲セルモノニ非ス

廢絶家ヲ再興スルニハ(一)家族タルコト(二)法定ノ推定家督相續人タラサルコト(三)戸主ノ同意アルコト(四)未成年者ニ在リテハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意アルコトノ四條件ヲ具備スルヲ要スルコト尙ホ分家ノ場合ニ於ケルト同シ(七四三條)故ニ今之ヲ再說セス

再興スヘキ家ハ本家、分家、同家其他親族ノ家ニ限ルコトハ法律ノ明示スル所ナリ(七四三條)是レ蓋シ再興ハ前キノ家名ヲ復興スルニ在ルヲ以テ何等ノ緣故ナキ家ヲ再立セシムルノ要ナキニ依ル

又法律ハ家族カ本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ許スノミナラス家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル者モ裁判所ノ許可ヲ得テ其家ヲ廢シテ本家ヲ再興スルコトヲ得(七六二條二項)此場合ニ於テハ其者假令未成年者ナリト雖モ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス是レ裁判所ノ許可ヲ得ルヲ條件トスルカ故ナリ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ離婚又ハ離縁ノ場合ニ實家ノ廢絶ニ因リ復籍ヲ爲スコト能ハサルトキハ其實家ヲ再興スルコトヲ得ヘク(七四〇條)此場合ニ於テモ亦敢テ親權者又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ必要トセス

廢絶家ヲ再興セント欲スル者ハ戶籍法第一五五條ノ定ムル諸件ヲ具備シテ之ヲ戶籍吏ニ届出ツ

ルコトヲ要ス故ニ廢絶家ノ再興ハ分家又ハ廢家ト同シク届出ヲ以テ爲スヘキ要式ノ意思表示ナリト謂フヘシ而シテ此届出ニシテ一タヒ受理セラレタル以上ハ廢絶家再興ノ意思表示ハ此ニ其效力ヲ生シ届出本人ハ其家ノ戸主ト爲ルコト尙ホ狹義ニ於ケル一家創立ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ

廢絶家ノ再興ヲ爲スニハ本人ノ意思ニ基クコトヲ要ス未成年者、禁治産者又ハ準禁治産者ト雖モ自ラ廢絶家ノ再興ヲ爲スコトヲ得ヘク唯第七四三條但書ノ規定ニ準據スルヲ要スルノミ而シテ無能力者ノ法定代理人ハ無能力者ニ代リテ家ノ再興ヲ爲スコトヲ得サルハ分家又ハ廢家ノ場合ニ於ケルト同シ

廢絶家ノ再興ハ家督相續ニ非ス再興者ハ最終戸主ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノニ非ス假令再興者カ最終戸主ノ實子ナルト將タ他ノ親族關係アルトニ論ナク此法則ハ適用セラルヘシ從前ニ在リテハ絶家ノ財産ハ親族アル者ハ五ヶ年間保管シ親族ナキ者ハ戸長ニ於テ五ヶ年間保管スヘシ右年限後ハ親族ノ協議ニ任シ又ハ地方稅雜收入ニ組込ムヘシトセリ(明治十七年八月内務省指令)然レトモ民法施行後ノ今日ニ在リテハ前述ノ如ク第一〇五一條以下ノ規定アルヲ以テ最早疑ヲ存スルノ餘地ナカルヘシ

#### 第四節 戸主

##### 第一款 戸主ノ身分

戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ一家ノ長トシテ一定ノ權利ト義務トヲ有ス蓋シ家族制度ノ嚴正ニ行ハレタル時代ニ在リテハ戸主ハ一家ノ主宰者トシテ公私百般ノ事務ヲ統轄シ外ニ對シテハ其家ヲ代表シ内ニ在リテハ家族ヲ監督シ財産ヲ握有シ一切ノ全權ヲ帶有シタリト雖モ今日ニ在リテハ斯ル全權ヲ帶有セス唯一家ノ安寧秩序ヲ保維スルノ必要上家族ニ對スル監督保護ノ權義ヲ有スルニ過キス

戸主タルノ身分ハ人カ一家ノ戸主ト爲ルニ因リテ取得シ其取得ノ原因ニ區別アリトスルモ苟モ此身分ヲ取得スルニ伴ヒテ一定ノ權利ト義務トヲ生シ且此身分ハ家ト終始シ戸主其人ト終始セス戸主其人ハ死亡ストモ家ノ存在スル限りハ戸主タル身分ハ消滅セス即チ戸主死亡ストモ家督相續開始シ相續人ハ其身分ヲ承繼スヘク相續ノ效力ハ相續開始ノ時ニ遡リテ發生シ未タ曾テ一日モ一家ノ斷絶ヲ認メタルコトアラス隨テ戸主タル身分モ亦曾テ消滅スルコトナシトス戸主タル身分ノ消滅スルハ實ニ家ノ消滅シタル時ニ外ナラス

##### 第二款 戸主ノ權利義務

戸主ノ權利義務ハ左ノ如シ

第一 戸主ハ其家ノ氏ヲ稱スルノ權利ヲ有ス 氏ハ家ノ稱號ニシテ家ニ氏アルハ獨ホ人ニ名アルト同シ而シテ氏ノ性質ニ付テハ既ニ前述セル所ニシテ戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ稱スヘキコト第七四六條ノ規定スル所ニシテ是レ一ニ其所屬ヲ明カニスルカ爲メナルノミナラス又同一ノ家ニ在ル者ハ同一ノ氏ノ使用權アルコトヲ認ムルモノナリ此使用權ハ各人ニ屬スルノ權利ニシテ人格權ノ一要素ナリト謂フヘク他人カ權利ナクシテ自己ト同一ノ氏ヲ用フルカ爲メ權利者ノ利益ヲ害スルトキハ之カ救済ヲ求ムルヲ得ルハ疑ナカルヘシ

第二 戸主ハ家族ノ居所ヲ指定スルノ權利ヲ有ス 戸主ハ家族ヲ監督スヘキモノナルカ故ニ家族ノ居所ハ隨意ニ指定スルコトヲ得サルヘカラス或ハ養育ノ必要上自己ト同棲セシメ或ハ教育上若クハ營業上他方ニ在ラシムルモノニ自己ノ指定セル場所ニ居ラシムルニ非サレハ奚ソ能ク監督ノ任ヲ竭スヲ得ンヤ然レトモ法律カ戸主ニ此權利ヲ付與シタルハ固ト一家ノ監督整理ノ上ニ必要ナリトスルニ因ルモノナレハ此權利ヲ行使センハ戸主カ其家政ノ整理ニ必要ナル範圍内ニ於テノミ行使スヘキモノ換言スレハ戸主カ家族ノ居所ヲ指定スルニハ相當ノ理由アルコトヲ要シ絶對無限限ニ此權利ヲ行使シ得ヘキニ非サルナリ(明治三十四年六月二十日大審院判決)

家族ハ戸主ノ意ニ反シ自由ニ其居所ヲ定ムルヲ得ス若シ家族ニシテ戸主ノ指定シタル場所ニ在ラサルトキハ戸主ハ之ニ對シテ制裁ヲ加フルコトヲ得所謂制裁ノ何タルヤハ後ニ至リ判

## 明スヘシ

第三 戸主ハ家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニ付キ同意ヲ爲シ又ハ爲ササルノ權利ヲ有ス(七五〇條一項) 家族ノ婚姻又ハ養子縁組ハ其人ノ爲メ重大ナル事項ニシテ或ハ新ナル身分ヲ取得セシメ或ハ他家ニ入ラシメ又或ハ相手方ヲシテ戸主ノ家ニ入ラシムルコト爲リ身分ノ變更、家族關係ノ異動等種種ナル影響アルヘキカ故ニ其婚姻又ハ縁組カ果シテ適當ナルヤ否ヤハ一ニ監督ノ任アル戸主ノ意見ニ俟ツヘキヲ至當トス是レ此規定アル所以ニシテ若シ家族ニシテ自由ニ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ戸主權ヲ無視スルノ結果後ニ述フルカ如キ制裁ヲ被ラサルヲ得ス但戸主ノ同意ナクシテ爲シタル婚姻又ハ縁組ハ之カ爲メニ無効ト爲ルモノニ非サルナリ

第四 戸主ハ家族ノ入籍又ハ轉籍ニ同意ヲ爲シ又ハ爲ササルノ權利ヲ有ス 第七三五條第一項、第七三七條、第七三八條及ヒ第七四一條等ノ場合ニ於テ戸主ノ同意ヲ必要トスル所以ノモノハ戸主ニ監督ノ任アルカ故ニシテ前項ト其理由相同シ而シテ此等ノ場合ニ於テ戸主ノ同意ハ或ハ絶對ノ必要條件ナルアリ或ハ否ラサルアリ各場合ニ就テ一之ヲ定メサルヘカラス第五 戸主ハ家族カ他家ヲ相續シ分家ヲ爲シ又ハ廢絶シタル本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルニ同意ヲ爲シ又ハ爲ササルノ權利ヲ有ス(七四三條)其理由亦前項ト同シ而シテ此場合ノ戸主ノ同意ハ絶對ノ要件ニシテ戸主ノ同意ナクシテ爲シタル行爲ハ無効タルヘシ

第六 戸主ハ法定ノ事由アル場合ニ家族ヲ離籍スルノ權利ヲ有ス(七四九條三項、七五〇條二項) 離籍トハ家族ノ剝離ニシテ家族タル身分ヲ失ハシメ其家ヨリ去ラシムルコトヲ目的トスル意思表示ナリ従前ニ所謂久離勘當ナルモノニ相當シ家族カ戸主權ヲ無視スルノ制裁權トシテ法律ノ付與スル所ノモノニ屬ス

戸主カ家族ヲ離籍スルコトヲ得ル場合ハ左ノ如シ

(イ) 家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサル場合ニ於テ戸主ハ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告シ家族カ其催告ニ應セザルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得但家族カ未成年者ナルトキハ此限ニ在ラス蓋シ未成年者ハ思慮未タ十分ナラス又概シテ自活ノ途ナキモノナリ故ニ戸主ノ意ニ反シ居所ヲ定ムルトモ戸主權ヲ無視シ其羈絆ヲ脱セントノ意思アルモノト推測スルヲ得ヌ加之斯ル者ヲモ離籍スルコトヲ得トセハ年少者ノ前途ヲ誤ルノミナラス浮浪ノ徒ヲ増シ延イテ累テ國家ニ及ホスノ害アルヘケレハナリ」家族カ法定ノ推定家督相續人ナルトキハ之ヲ離籍スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ解釋一定セス或ハ第七四九條ハ家族カ法定ノ推定家督相續人タルト否トヲ區別セザルカ故ニ如何ナル身分地位ニ在ル者ト雖モ同條第三項ニ該當スル場合ニ於テハ離籍スルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ若シ離籍シ得ルモノトセハ戸主ハ家族ノ居所指定權ヲ濫用スルコトニ因リ容易ニ法定ノ推定家督相續人ヲ離籍スルコトヲ得ヘク法律カ法定ノ推定家督相續人ハ廢除ニ因

ルニ非サレハ其相續權ヲ剝奪スルコトヲ許ササルニ拘ラス離籍ニ因リ其相續權ヲ害スルノ結果ト爲リ理論上不當ナルノミナラス第七四四條ニハ法定ノ推定家督相續人ハ一家ヲ創立スルコトヲ得サル旨ヲ定メ止タ第七五〇條第二項ノ適用ヲ妨ケストシ第七四九條第三項ノ適用ヲ妨ケサル旨ノ規定ナキヨリシテ之ヲ見ルモ法定ノ推定家督相續人ハ第七五〇條第二項ノ場合ノ外ハ離籍スルコトヲ得サルモノト解釋スルヲ相當トス(明治三十三年九月大審院判決參照)

又戸主ハ家族ノ妻ヲ離籍スルコトヲ得ルヤ否ヤ、男戸主ハ同居ヲ肯セサル其妻ヲ離籍スルコトヲ得ルヤ將タ又女戸主ハ其夫ヲ離籍スルコトヲ得ルヤ否ヤ、離籍ハ前述スルカ如ク家籍剝離ノ效アルニ過キス離籍ノ爲メニ婚姻ハ解消セス故ニ苟モ第七四九條ノ規定ニ適合スル以上ハ離籍ヲ爲スモ敢テ妨ケサルモノノ如シ然レトモ此ノ如キ結果ヲ生セシムルコトハ婚姻ノ目的本旨ニ適合スルモノト謂フヘカラス夫婦其家ヲ異ニシ其居ヲ別ニシ尙ホ旦夫婦ナリトスルハ認容スヘキコトニ非ス從テ此等ノ點ニ付テハ消極ノ斷定ヲ下スニ躊躇セス但家族ノ妻ニ付テハ其夫ト同時ニ離籍スルヲ妨ケス即チ此場合ニ在リテハ夫婦ハ同時ニ戸主ノ家ヲ去リ妻ハ夫ニ隨ヒ其創立シタル家ニ入ルヘキナリ

(ロ) 家族カ戸主ノ同意ナクシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ戸主ハ其婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一年內ニ其家族ヲ離籍スルコトヲ得 家族カ婚姻又ハ縁組ニ因リテ他家ニ入

リタル場合ニ於テハ離婚ノ要ナシ離婚ノ必要ハ唯家族カ他家ヨリ妻ヲ娶リ又ハ他人ヲ養子トシタル等ノ場合ニ存スルノミ而シテ家族カ養子ヲ爲シタル場合ニ於テ戸主ヨリ離婚セラレタルトキハ其養子ハ養親ニ隨ヒテ其家ニ入ルヘキモノトス(七五〇條三項)

法定ノ推定家督相続人カ戸主ノ同意ナクシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ戸主ハ其婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一年内ニ離婚スルコトヲ得是レ實ニ第七四四條第二項ノ規定アルニ因ルモノニシテ此場合ニ於テハ法定ノ推定家督相続人ハ家族タルノ身分ヲ喪失スルト同時ニ法定ノ推定家督相続人トシテノ相続權ヲモ喪失スヘシ

戸主カ其家族ヲ離婚セント欲スルトキハ法定ノ諸件ヲ具シ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス(戸一四八條)故ニ離婚ハ届出ニ因リテ其意思ヲ表示スヘキ要式ノ行爲ナリト謂フコトヲ得ヘク戸籍吏カ其届出ヲ受理スルニ因リ玆ニ其效力ヲ生シ離婚セラレタル家族ハ戸主ノ家ヲ去ルヘキモノトス

第七 戸主ハ法定ノ事由アル場合ニ其家族タリシ者ノ復籍ヲ拒絕スルノ權利ヲ有ス 復籍拒絕トハ其名ノ如ク戸主ノ家ニ復歸スルコトヲ豫メ防止スル所ノモノ即チ第七三九條ノ適用ヲ防止スルコトヲ目的トスル意思表示ニ外ナラス而シテ此意思表示ハ離婚前又ハ離婚後ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス離婚前又ハ離婚後ニ之ヲ爲ササルトキハ離婚又ハ離婚ノ場合ニ於テ其者ハ當然戸主ノ家ニ復歸スルコトヲ爲ルヘシ

復籍拒絕ヲ爲スコトヲ得ル場合ハ即チ左ノ如シ

(イ) 家族カ戸主ノ同意ナクシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シ他家ニ入リタルトキハ戸主ハ其婚姻又ハ縁組ノ日ヨリ一年内ニ復籍拒絕ヲ爲スコトヲ得(七五〇條二項)

(ロ) 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ婚家又ハ養家及ヒ實家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトナク更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタルトキハ同意ヲ爲サザリシ戸主ハ後ノ婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一年内ニ復籍拒絕ヲ爲スコトヲ得(七四一條二項)

戸主カ其家族タリシ者ノ復籍ヲ拒マント欲スルトキハ法定ノ諸件ヲ具シテ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス(戸一五〇條)故ニ復籍拒絕ハ届出ニ因リテ其意思ヲ表示スヘキ要式ノ行爲ナリト云フコトヲ得ヘク戸籍吏カ其届出ヲ受理スルニ因リ此ニ其效力ヲ生シ家族タリシ者カ離婚又ハ離婚ノ場合ニ於テ其戸主ノ家ニ復歸スル能ハサルコトヲ爲ルヘキナリ

復籍拒絕ノ權利ハ離婚權ト同シク戸主權無視ノ制裁權タリ唯離婚權ハ現ニ家族タル者ニ對シ之ヲ行フヘク復籍拒絕權ハ會テ家族タリシ者ニ對シ之ヲ行フヘキノ差異アルノミ

第八 戸主ハ家族ノ養育又ハ華禁治産ノ宣告ヲ請求シ又ハ其宣告ノ取消ヲ請求スルノ權利ヲ有ス(七一〇條、一二條)

第九 戸主ハ家族ノ後見人ト爲ルノ權利ヲ有ス(九〇三條)

第一〇 戸主ハ家族ノ爲メニ親族會ノ招集ヲ裁判所ニ請求シ又ハ其親族會又ハ本家若クハ分家



ノ親族會ニ於テ意見ヲ述フルノ權利ヲ有ス(九四四條、九四七條)

第一一 戸主ハ家族カ法規ニ違反シテ爲シタル婚姻又ハ養子縁組ヲ取消スノ權利ヲ有ス(七八〇條、八五四條)

第二二 戸主ハ家族ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負フ(七四七條)

此義務タル即チ戸主ヲシテ其資力ニ應シ家族ノ養育、教育ヲ爲サシムルニ在リ元來戸主ハ家名ヲ繼承シ家産ヲ所有シ一家ノ長トシテ自己已董督ノ下ニ在ル家族ヲ養育教育スルノ責ヲ負擔スヘキハ當然ナルヘシ而シテ其養育教育ノ程度ニ付テハ家族ノ需要ト戸主ノ身分及ヒ資力ニ依リ之ヲ定ムヘキモノニシテ其詳細ハ後ニ至リ説明スル所アルヘシ戸主カ家族ニ對シテ此義務ヲ負フハ自己董督ノ下ニ在リテ戸主權ノ支配ヲ受クヘキ從順ナル家族ニ對シテノミ不逞ノ家族ニ對シテハ固ヨリ此義務ヲ負フコトナシ故ニ家族カ戸主ノ意ニ反シ其指定シタル居所ニ在ラサルトキノ如キ戸主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免ルヘキモノトス(七四九條二項)

戸主カ扶養ノ義務ニ違背シタルトキハ事實ノ如何ニ因リ刑事上ノ制裁ヲ受クルニ至ルヘシ(刑三編一〇節)又華族ニ在リテハ其學齡兒童ノ就學ヲ怠リタル場合ニ於テハ宮中ノ禮遇ヲ停止セラルルコトアリトス(明治二十五年八月宮内省達甲五號)

以上列舉セル戸主ノ權利義務ハ戸主タル身分ニ伴ヒ存在スル所ノモノニシテ戸主ノ地位ニ變動アル場合ニ於テハ代リテ戸主ト爲リタル者ニ於テ其權利義務トヲ繼承スヘシ第九八六條ニ所

謂家督相續人ハ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼スト云ヘルハ即チ此種ノ權利義務ヲ指稱スルニ外ナラス之ニ反シ戸主其人ノ一身ニ專屬スル所ノモノニ在リテハ其人ノ死亡ニ因リ消滅シ相續人ニ移轉セス

戸主ノ一身ニ專屬セル以外ノ權利義務ハ戸主カ家族ヲ董督スル必要上戸主タル身分ト離レテ存在スルコトヲ得ス然レトモ戸主カ未成年者若クハ禁治產者トシテ完全ノ能力ヲ有セス其他事實上自ラ戸主權ヲ行フコトノ不能ナル場合ニ於テハ法律上勢ヒ戸主權ノ代理行使ヲ認メサルヲ得ス第八九五條、第九三四條及ヒ第七五一條等ノ規定ハ要スルニ皆戸主權ノ行使ヲシテ間斷ナカラシメ一家ノ董督ニ遺漏ナカラシメントノ注意ニ出テタルニ外ナラス

第七五一條ニ所謂戸主カ其權利ヲ行フコト能ハサルトキトハ戸主カ疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ自ラ戸主權ヲ行フ能ハサル場合ノミヲ指稱スルモノト解スルトキハ餘リニ狹キニ失ス彼ノ戸主未定ノ場合ノ如キ亦宜シク親族會ヲシテ戸主權ノ代理行使ヲ爲サシメサルヘカラス第九七八條ハ推定家督相續人ノ廢除又ハ其取消ノ請求アリタル後其裁判確定前ニ相續開始シタル場合ニ裁判所ヲシテ戸主權ノ行使ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタルトモ其以外ノ場合ニシテ戸主ノ未定ナルトキ殊ニ相續人曠缺ノ場合ノ如キ何等ノ明文ナキヲ以テ戸主權ノ行使ニ付キ感ナキ能ハス然レトモ法律上苟モ一家ノ存在ヲ認ムル以上ハ戸主權ナクンハアラス其戸主權ヲ行フ者ニシテ存セシムルハ事實上法律上其ニ不都合ナルヲ免レス故ヲ以テ法律

上荷モ家ノ存在ヲ認メラルル場合ニシテ事實上戸主ノ不存在ノ爲メ戸主權ノ行使ヲ見難キ總テノ場合ハ皆第七五一條ニ所謂戸主カ其權利ヲ行フ能ハサルトキトアルニ包含スルモノトシ前示第九七八條ノ如キ特別ノ規定アル場合ノ外ハ親族會ヲシテ戸主權ヲ行ハシメサルハカラス

### 第三款 戸主權ノ得喪

#### 第一項 戸主權ノ取得

家ニハ必ス戸主アリ戸主ハ必ス一人タルヘクシテニアルヲ許サス又一人ニシテ二以上ノ家ノ戸主タルヲ許サス戸主ト家トノ觀念ハ家族制上相分離スヘカラサルハ勿論戸主權ノ取得喪失ハ當ニ一家ノ大事ナルノミナラス援テ國家ノ基礎ニ影響スル所ナクシテハアラス而シテ戸主權ノ取得喪失ハ共ニ一家ノ興廢滅絶ニ伴フヘキモノニシテ之ト相離ルヘカラサルハ論ナシ

戸主權ノ取得ニ原始の取得ト繼受の取得トノ別アリ所謂戸主權ノ原始の取得トハ新ニ發生セル戸主權ヲ取得スルモノ換言スレハ戸主タル身分カ創設セラルルニ因リテ取得スルモノヲ謂ヒ所謂戸主權ノ繼受の取得トハ既ニ存在セル戸主權ヲ取得スルモノ換言スレハ既ニ存在セル戸主タル身分ヲ取得スルモノヲ謂フ

戸主タル身分カ創設セラルルニ因リテ戸主權ヲ取得スル場合ハ彼ノ分家及ヒ一家創立ノ場合はナリ此等ノ場合ニ於ケル戸主權ノ取得ハ法律ノ規定ニ據リ任意ニ因ルトノ別アリト雖モ新ニ權

利ヲ發生セシメ之ヲ取得スルノ點ニ於テハ全然同一ナリ之ニ反シ既ニ存在スル戸主權ヲ取得スル場合ハ唯權利ノ主體ニ變更アルニ止マリ新權利者ハ舊權利者ニ代ルニ過キス家督相續ニ因ル戸主權ノ取得ハ即チ之ニ屬ス彼ノ廢絶家再興ハ家督相續ニ非ス再興者ハ最終戸主ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノニ非ス從テ廢絶家ノ再興ハ戸主權ノ原始取得ノ場合ニ該當スト謂フヘシ

戸主權取得ノ原因ハ前述スル一家ノ設立ノ場合ト異ナルナキヲ以テ今復之ヲ再說セス

#### 第二項 戸主權ノ喪失

戸主權ノ喪失ニ絶對的ト相對的トノ二様アリ所謂絶對的ノ喪失トハ戸主權ノ全ク消滅ニ歸スル場合ヲ謂ヒ所謂相對的ノ喪失トハ戸主權自體ハ消滅ニ歸スルコトナク唯其主體ノ變更アル場合ヲ謂フ絶家及ヒ廢家ハ前者ニ屬シ戸主ノ隱居又ハ國籍喪失等ハ後者ニ屬ス

戸主權喪失ノ原因ハ即チ左ノ如シ

(第一)廢家(第二)死亡(第三)國籍喪失(第四)戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ(第五)女戸主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離婚(第六)隱居

右第一ノ原因ニ付テハ前述シタル所ニシテ之ヲ再說スルノ要ナク第二以下ノ原因ニ付テハ一面戸主權喪失ノ原因タルト同時ニ他方ニ於テハ家督相續開始ノ原因タリ即チ此等ノ各場合ハ戸主



權ノ相對的消滅ノ原因ニシテ之ヲ詳説スルハ相續法ノ範圍ニ屬スヘキヲ以テ之ヲ省略セン其唯一因タル隱居ノコトニ付テハ其要件效力等固ヨリ親族法ノ範圍ニ屬スヘキカ故ニ項ヲ改メテ左ニ之ヲ説述セン

### 第三項 隱居

隱居トハ戸主ノ地位ヲ退隱スルノ謂ニシテ戸主カ其身分ヲ喪失スルノ目的ヲ以テ爲シタル意思表示ナリ故ニ隱居ハ戸主自身ノ行爲ナリ他ヨリ強制シテ之ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ猶ホ強制制ニ廢家セシムルコトヲ得サルト同シ然レトモ隱居カ廢家ト異ナルノ點ハ隱居ハ豫メ家督相續人ノ承認ヲ得ルコトヲ要スルモ廢家ニ在リテハ之ヲ要セサルト隱居ハ其家ノ家族ト爲ルモ廢家ハ或ハ他家ノ家族又ハ戸主ト爲ルノ點ニ存ス

抑、隱居ナルモノハ其發生遽ク古代ノ社會ニ在ルモノニシテ我國ノ隱居ノ習俗ハ或ハ印度ヨリ輸入シタルト曰ヒ或ハ支那ヨリ傳ハリタリト曰ヒ其説ヲ異ニスト雖モ隱居ハ社會ノ進歩又ハ文物ノ開否ニ從ヒ其由テ來ル所ノ原因ニ種種アリ穗積博士ハ隱居ノ起源ハ古代社會ニ於ケル食人俗、殺老俗、棄老俗ヨリ遂ニ變遷進化シ來リタルモノナリト曰ヒ又隱居ヲ其原因ヨリシテ之ヲ區別シ(一)宗教上ヨリスルモノヲ宗教的隱居ト稱シ(二)政事上ノ理由ヨリシテ致仕退隱スルモノヲ政事的隱居ト稱シ(三)犯罪等ニ因リテ隱居スルモノヲ法律的隱居ト稱シ(四)精神身體ノ衰

モノニシテ今日文明諸國ニ行ハルル婚姻ハ即チ是ナリ要スルニ定婚已來婚姻ハ掠奪、賣買、贈與、共諾ノ四期ノ變遷アリトハ今日一般ニ認メラル所ナリトス

婚姻ハ右ノ如ク四期ノ時代ヲ經過シ來リタルモノナルモ配偶者タル女子ノ地位ハ時代ニ依リ多小異ナル所アルヲ免レス其掠奪婚、賣買婚ノ時代ニ在リテハ未タ妻タルモノノ人格ハ認メラルルニ至ラス牛馬犬羊若クハ其他ノ器具ト同シク一ノ物件トシテ夫ノ所有物ニ異ナラス夫ハ之ヲ殺シ又ハ之ヲ賣ルモノニ夫ノ隨意タリシモノノ如シ次ニ妻ノ人格ハ漸漸認メラルルニ至リ夫ハ之ヲ賣買スルヲ得サルハ勿論遠ニハ離婚法ノ制定アリテ猥ニ之ヲ離別スルコトヲ得サルコトト爲リ又妻ハ特別財産ヲ所有スルコトヲ得ルコトト爲リ今日共諾婚ノ時代ニ至リテハ妻タルモノノ人格ハ敢テ男子ト異ナラサルニ至リ唯夫妻ノ關係上ヨリシテ妻ヲシテ或場合ニ無能力タラシムルノミ

我國ニ於ケル婚姻制ノ沿革ハ今之ヲ詳ニセスト雖モ想フニ前段ニ於ケルカ如キ變遷進化ノ跡ヲ追フテ今日ニ至リタルモノナルヘク俗間普通ニ行ハルル結納ノ如キハ或ハ賣買婚ノ遺留ナリト謂ヒ得ヘキカ又或地方ニ於ケル投石ノ風ノ如キハ亦以テ掠奪婚ノ古ヲ思フモノトモ推測スルヲ得ンカ各地方ニ於ケル婚姻ノ習俗ヲ調査シ其淵源ヲ踏査セハ婚姻ノ變遷ヲ推測スルニ少カラサル裨益アルヘシト信ス而モ今日民法ノ下ニ於ケル婚姻ハ純然タル共諾婚ノ時期ニ在ルモノト認メ得ヘシ

從來我國ニ於テハ蓄妾ノ風行ハル其何レノ時代ニ發生シタルモノナルカハ之ヲ詳ニセスト雖モ一夫數妻制ノ一轉化ト認ムヘク時代ノ思潮ハ自ラ其間ニ妻妾ノ名稱區別ヲ生シタルモノナランカ羅馬ニ於テモ曾テ一度ヒ(一)妻アル者ハ妾ヲ蓄フルヲ許サス(二)同時ニ二人以上ノ妾ヲ蓄ヘ(三)他人ノ妻ヲ妾ト爲スコトヲ得ストノ制限ノ下ニ法律上蓄妾ヲ公認シタルコトアリシト云ヘリ我國ニ於テハ敢テ斯ル制限アリシヲ聞カスト雖モ法律上蓄妾ノ文字ヲ使用シ之ヲ公認シタルコト明カニシテ妻ト妾トハ同一親等ニ位セシメ唯其生ミタル子ニ正庶ノ別アリ隨テ相續其他ノ事項ニ關シテ多少ノ差異ノ存スルヲ見タリ畢竟社會進步ノ或程度ニ在リテハ蓄妾ノ必要ヲモ見タリシト雖モ社會進步シ人民道義心ノ發達ハ爲メニ此制ヲ公ノ風儀ニ反スルモノトシ擯斥セラレ全ク社會ヨリ驅逐セラルルニ至レルモノトス今日我民法上ニ於テハ一夫一妻ヲ以テ婚姻ノ本義トシ妾ナルモノノ存在ヲ認ムルモノニ非サルナリ

### 第三款 婚姻ノ豫約

婚姻ノ豫約トハ將來婚姻ヲ爲ス旨ノ相互ノ約束ヲ謂フ

從來我國ニ於テ行ハレタル許婚ナルモノハ婚姻豫約ノ一種ニシテ即チ當事者ト爲ルヘキ男女雙方ノ父母カ將來ニ於テ其子女ヲシテ婚姻ヲ爲サシムルコトヲ約スルモノニ外ナラス此ノ如キ豫約カ法律上有效ナルヤ否ヤハ舊慣上明カナラサル所ナレトモ唯德義上ノ問題タルニ止マリ決シ

テ婚姻ヲ強制スヘカラサルモノト謂ハサルヘカラス純然タル婚姻ノ豫約即チ當事者タル男女カ將來ニ於テ婚姻ヲ爲スヘキ旨ヲ約スルモノ亦今日ノ法制上決シテ許容スヘキモノニ非サルナリ蓋シ婚姻ハ當事者ノ自由意思ニ因リテ成ルモノニシテ當事者ニシテ婚姻ヲ爲スノ意思ナキ場合ハ無効ニシテ詐欺又ハ強迫ニ因リテ其意思ヲ表示シタル場合ニハ其婚姻ハ取消シ得ヘキモノナリ即チ婚姻ハ當事者カ其真意ニ出テ相手方ト婚姻スルノ決意ニ出デサルヘカラサルモノニシテ他ヨリシテ之ヲ強制スルコトヲ許ササルモノタリ婚姻ノ豫約ニシテ若シ有效ナリトセハ當事者ハ或ハ婚姻ヲ爲スコトヲ欲セサルニ至レルニ拘ハラス尙ホ婚姻セサルヲ得サルコトト爲リ其意思ヲ強制セラルルニ至ル此ノ如キハ婚姻ノ性質上決シテ許容スヘキモノニ非ス若シ又婚姻ノ豫約ヲ有效ナリトセンカ是レ一種ノ雙務契約ナレハ之ニ關スル規定ヲ適用セサルヘカラス或ハ相手方ノ債務ノ不履行ニ因リ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク或ハ債務ノ強制履行ヲ求ムルヲ得ヘク若シ又其債務ノ性質上強制履行ヲ許ササルモノトセハ裁判ヲ以テ債務者ノ意思表示ニ代フルコトヲ得ヘキカ是レ婚姻ノ性質上決シテ認容スヘカラス所ナルヘシ之ヲ要スルニ婚姻ノ豫約ハ婚姻ノ本旨ニ悖反スルモノナルヲ以テ民法上之ヲ有效ナリトスル能ハス婚姻豫約ノ不履行ニ付キ或ハ違約金ヲ約シ或ハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ許スカ如キハ善良ナル風俗ニ背反スルモノトシテ之ヲ無効ナリトセサルヘカラス

羅馬ニ於テハ婚姻ノ豫約ハ方式ニ依ラスシテ之ヲ行ヒ「デジエスト」法典ハ男女トモ七歳ヨリ

有效ニ婚姻ヲ豫約スルコトヲ得トシ宗教法上及ヒ普國法ニ於テハ婚姻ノ豫約ヲ有效ナリトシ裁判上之カ履行ヲ請求スルコトヲモ許シタリト云フ佛國民法ハ婚姻ノ豫約ニ關シ何等ノ明文ヲ設ケス隨テ學者間ニ異論アルヲ免レスト雖モ違約ノ場合ニ損害ヲ蒙ラシメタルトキハ一般ノ原則ニ依リ賠償責任アリトハ一般ノ通説ナルカ如シ之ニ反シ英米法ニ在リテハ婚姻ノ豫約ヲ有效ナリトシ違約金ノ契約モ有效ニシテ豫約不履行ノ場合ニハ一切ノ損害ニ付キ賠償ヲ求ムルコトヲ得トセリト聞ク又獨逸民法ハ其第一二九七條以下ニ於テ婚姻ノ豫約ニ付テハ婚姻締結ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヌ又婚姻ヲ爲ササル場合ニ於ケル科罰ノ約束ハ無効ナリトシ損害賠償ヲ請求シ得ヘキ場合其範圍又ハ賠償請求權ノ時効等ニ關シ詳細ナル規定ヲ設クルモ要スルニ婚姻ノ豫約ニ民法上ノ效果ヲ與ヘス唯單純ナル事實トシテ或場合ニ損害賠償ヲ許スニ過キサルモノノ如シ此ノ如ク婚姻豫約ノ法制ニ付テハ立法例一ナラス我民法ハ何等ノ明文ヲ存セスト雖モ前段説明スルカ如ク我法律ノ下ニ於テハ之ヲ有效ナリトスル能ハス是レ我大審院カ法理トシテ是認スル所ナリ

#### 第四款 婚姻ノ儀式

婚姻ニ一定ノ儀式ヲ履行スルヲ必要トスルノ立法例アリ羅馬法ニ其端ヲ發シ歐洲諸國ノ民法亦之ヲ繼受セルモノアリ蓋シ幼稚ナル社會ニ在リテハ如何ナル行爲ナリトモ一定ノ方式ヲ履ムニ非サレハ一面ニ於テ其行爲ノ成立ヲ示シ一面ニ於テ之カ證據ヲ存セサルコトト爲ルヘキカ故ニ婚姻ニモ亦一定ノ儀式ヲ要セル固ヨリ當然ナルヘシ舊民法人事編ノ如キモ佛國民法ニ倣ヒ婚姻ハ儀式ヲ履行スルコトヲ要シ證人二人ノ立會ヲ經テ慣習ニ從ヒ之ヲ行フモノトセリ（人四三條乃至四九條）然レトモ我國ニ於テハ從來婚姻ニ付テ法律上敢テ儀式ノ有無ヲ以テ其效力ヲ左右シタルノ形跡ナク實際上ニ於テコソ各地到ル所ニ或儀式ヲ行フノ習慣アレ必スシモ儀式ヲ以テ婚姻ノ成立ニ必要ナリト論斷スルコトヲ許サス隨テ新民法ハ敢テ儀式ヲ以テ婚姻ノ成立ニ必要ナリトセサルナリ

婚姻ノ儀式ハ右ノ如ク法律上ノ要件ニ非スト雖モ慣習ニ從ヒ之ヲ舉行スルコトハ亦敢テ妨ゲサル所ニシテ寧ロ相應ノ儀式ヲ上ケ婚姻ヲ爲スカ如キハ望マシキコトト謂ハサルヘカラス何トナレハ冠婚葬祭ハ古來人事ノ四大典禮トシテ莊嚴ナル格式ノ下ニ之ヲ舉行シタルカ我國從來ノ風習ナリ形式ヲ重ンセサル今日ト雖モ相應ノ儀容ヲ定メ婚姻ノ式ヲ舉行スルカ如キハ婚姻ノ輕忽ニスヘカラス之ヲ尊重スヘキノ理ヲ會得セシメ容易ク離婚スルカ如キ弊風ヲ矯正スルノ上ニ於テ多大ノ裨益アルヘシト認ムヘケレハナリ今日皇室ノ婚嫁ニ付テ一定ノ儀式ヲ必要トスルハ我國體上一般ノ條規ヲ以テ律スヘカラスルニ因ル此ニ之ヲ論スルノ限ニ在ラス

又我從來ノ慣習上結納ノ取爲替ナルモノアリ是レ亦婚姻ノ儀式ノ一ナルヘシト雖モ今日ニ在リテハ敢テ之ヲ婚姻ノ成立ニ影響アルモノト認ムル能ハス服忌令ノ定ムル所ニ依レハ「婚儀未済

ナルトキハ忌服無之、結納取爲替タル時ハ二十日遠慮、結納取替セサル時ハ遠慮ニ及ハス」トアリ法律上ノ效果ニ影響アルカ如シト雖モ本來結納ナルモノハ祝意ヲ表スルカ爲メニスル一箇ノ贈與ニ外ナラサルヘタ慣習上之ヲ授受スルハ法律ノ禁スル所ニ非サルモ之ヲ以テ婚姻成立トスルハ肯定スヘカラス

## 第二節 婚姻ノ成立

### 第一款 婚姻ノ要件

#### 第一項 實質上ノ要件

##### 第一 承諾

婚姻ハ當事者タル男女ノ承諾ニ因リ成ルモノナルカ故ニ當事者ノ承諾ハ實ニ婚姻ノ要件ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス而シテ當事者タル男女ハ各、其相手方ト婚姻ヲ爲スノ意思ヲ決定シ之ヲ任意ニ表示スルコトヲ要ス若シ當事者ニシテ人違其他ノ事由ニ因リ全ク婚姻ヲ爲スノ意思ヲ有セサルトキハ其婚姻ハ全ク無効タルヘシ(七七八條一號)從來我國ニ於テハ當事者雙方ノ戸主若クハ父母ニ依リ其家族子弟ノ婚姻ヲ強制シ由テ以テ夫婦關係ヲ成立セシメタレトモ民法ハ之ヲ許サス婚姻ハ必ス當事者タル男女雙方ノ意思ニ出テサルヘカラス又其意思ハ法定代理人ト雖モ代リテ表示スルコトヲ許ササルモノトス

##### 第二年齡

男子ハ滿十七年女子ハ滿十五年ニ至ラサレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(七六五條)之ヲ婚姻ノ適齡ト謂フ

抑、婚姻適齡ニ付テハ諸國ノ法律一樣ナラス我大寶令ニハ男子十五年女子十三年トシ佛國、伊國ハ男子滿十八年女子滿十五年トシ英國、西國ハ男子滿十四年女子滿十二年獨國ハ男子滿二十一年女子滿十六年トシ蘭國、露國ハ各男子滿十八年女子滿十六年トシ白耳義ハ男女共ニ滿二十一年ヲ以テ適齡トシ各、其國ノ風土氣候又ハ男女身體ノ發育程度ヲ標準トシ之ヲ一定セリ而シテ此年齡ハ之ヲ普通ノ成年齡ニ比シ低下スルノ傾アルハ諸國ノ法制比皆然リ然ルニ之ヲ非難スル者ハ曰ク婚姻ハ人事ノ最モ重大ナル事項ニシテ一生ノ禍福榮辱ノ岐ルル所タリ未成年ノ男女ハ果シテ能ク此道理ヲ知り婚姻ノ義務ヲ盡スコトヲ得ヘキカ法律ハ一方ニ於テ無能力者トシ假令一介ノ財產ト雖モ獨立シテ自由ニ處分シ得セルニ拘ハラズ一方ニ於テ人ノ大倫タル婚姻ヲ爲スコトヲ得セシムルハ前後矛盾ノ太シキモノナリト是レ一應其理ナキニ非スト雖モ若シ夫レ婚姻ノ適齡ト肉性ノ發達トノ間ニ非常ノ懸隔ヲ設クルトキハ人慾ノ制スヘカラサルカ爲メニ一國風俗上ニ鈔カラサル影響ヲ來スノ危險アルヘシ是レ實ニ婚姻ノ適齡ヲ普通ノ成年齡ヨリ低下スルノ已ムナキ所以ナリ

法律上婚姻ノ適齡ヲ定メ適齡以前ニ婚姻ヲ爲スヲ得ストスルモ年齡ノ最高限ハ毫モ規定スル所

ナシ露國ニ在リテハ滿八十一年以上ノ者ハ婚姻ヲ爲スヲ得サル旨ヲ規定セリト聞ク而モ本法ニ於テハ如何ナル高年者モ婚姻ヲ爲スニ妨ナク又當事者間其年齡ニ甚シキ懸隔アリトスルモ毫モ婚姻ノ障礙ト爲ラサルハ論ナシ

### 第三 配偶者ノ數

婚姻ハ一男一女ノ結合ニシテ一夫一妻ヲ以テ其本義トス故ニ配偶者アルモノハ重ネテ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(七六六條)今日文明諸國ノ通義トシテ一夫數妻ヲ禁シ我國亦然リ唯從來妾ナルモノアリテ恰モ一夫數妻ヲ許シタルカ如キ觀アレトモ今日法律上全然妾ナルモノノ存在ヲ認メサルコト前述スルカ如シ若シ夫レ此條件ニ違背シタルトキハ刑法上重婚罪ヲ以テ罰セラルヘシ(刑三四五條)

### 第四 再婚

女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六ヶ月ヲ經過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得ス(七六七條一項)是レ全ク血統ノ混亂ヲ防止スルノ目的ニ出テタルモノニシテ再婚後ニ生レタル子ハ前夫ノ子ナルカ後夫ノ子ナルカ明カナラサルノ虞アリ爲メニ其子ノ所屬ニ關シ爭端ヲ惹起シ援テ一家ノ血統ヲ紊ルノ弊アルニ因リ此條件ヲ必要トセリ佛獨二國ハ各前婚解消後十ヶ月ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得ストシ(佛二二八條、獨一三三條)我國ニ於テモ從來婦ハ二百日ヲ經過セサレハ再婚スルヲ得ストセリ(明治七年九月太政官指令)本法ハ唯此日數ヲ短縮シタルノ

ミ立法ノ趣旨ニ於テハ彼此異ナル所ナシ故ニ血統混亂ノ虞ナキ場合ニハ敢テ右ノ期間ヲ墨守セシムルノ要ナケレハ法律ハ女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ前ヨリ懷胎シタル場合ニ於テハ其分産後ハ何時ニテモ再婚スルヲ得セシム(七六七條二項)

離婚シタル女カ前夫ト再婚スル場合ニモ第七六七條第一項ヲ適用セシムヘキ乎明文上何等ノ區別ナキカ如クナレトモ立法ノ趣旨ニシテ前示ノ如クナリトセハ本條ニ所謂再婚ハ前夫ニ非サル他ノ男子ト婚姻ヲ爲スコトヲ意味スルモノト解スヘク隨テ假令禁止期間内ト雖モ前夫ト婚姻ヲ爲スハ妨ナシトセサルヘカラス

### 第五 相姦者トノ婚姻

姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ相姦者ト婚姻スルヲ得ス(七六八條)此條件ヲ設ケタルノ理由ハ一言以テ之ヲ云ヘハ風教ノ害アルヲ以テナリ蓋シ相姦者トノ婚姻ヲ禁セザランカ惡縁ヲ遂ケシムルノ結果ト爲ルハ勿論相姦者カ婚姻ヲ希望スルノ餘殊更ニ姦通シテ以テ離婚ノ手段ト爲シ結局有夫姦ヲ獎勵スルノ結果ト爲ルヘク或ハ姦夫ト添ヒ遂ケンカ爲メ其夫ヲ殺スカ如キ罪惡ヲ犯ス者ナキヲ保セス開明ノ今日尙ホ痴情ノ極往々謀殺ノ如キ犯罪ヲ爲ス者アルハ吾人ノ常ニ見聞スル所ナリ故ニ此ノ如キ條件ヲ設クルニ非サレハ風教上ニ及ホス所決シテ鮮少ナラサルヘシ

### 第六 親族ノ關係

民法親族 本論 婚姻 婚姻ノ成立



結婚者ハ婚姻ヲ禁セラレタル親族タラサルコトヲ要ス蓋シ想フニ近親間ノ結婚ヲ禁スルハ各國法典ノ其掟ヲ一ニスル所ニシテ唯其範圍ニ廣狹ノ差アルニ過キス而シテ何故近親間ノ結婚ヲ禁スルヤニ付テハ或ハ論據ヲ醫學上若クハ生理學上ニ採リ或ハ血統ノ紊亂ヲ防クニ出ツト云ヒ或ハ早婚ノ弊害ヲ匡正スル爲メナリト云ヒ又或ハ子孫ノ精神上、身體上ニ及ホス害ヲ防止スルニ在リト云ヒ其歸著スル所ヲ知り難シト雖モ要スルニ近親間ノ婚姻ヲ禁スルハ人倫ノ然ラシムル所ニシテ其大本實ニ人倫ヲ維持スルニ在リト謂ハサルヘカラス

此要件ニ付テハ結婚者ノ親族關係又ハ親等ニ付テ多少ノ差異アルヲ以テ左ニ之ヲ分説スヘシ  
(一) 直系血族 直系血族間ニ於テハ婚姻ハ絕對ニ禁止セラル故ニ尊屬親ト卑屬親トノ間ニ在リテハ其正出タルト庶出タルトヲ問ハス婚姻スルヲ得サルナリ例ヘハ父ト其娘トノ間又ハ祖父ト其孫女トノ間ノ如シ

(二) 傍系血族 傍系ノ血族間ニ於テハ三親等内ニ限り婚姻ヲ爲スコトヲ得ス其四親等以外ニ在リテハ敢テ妨ナシ故ニ兄弟姉妹ノ間同父母、異父又ハ異母兄弟姉妹及ヒ伯叔父母ト甥姪トノ間ニ在リテハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルモ從兄弟姉妹ハ四親等ニ屬スルヲ以テ婚姻スルヲ得ルカ如シ

(三) 姻族 直系ノ姻族間ニ於テハ絕對ニ婚姻スルヲ得ス夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルカ爲メ姻族關係ノ消滅シタル後亦同シ(七七〇條)故ニ亡妻ノ母

又ハ亡子ノ遺妻ト婚姻スルヲ得サルヘシ之ニ反シ傍系ノ姻族ニ付テハ婚姻ハ禁止セラルルコトナシ故ニ妻ノ死亡後其妹ヲ娶ル如キ又ハ亡兄ノ遺妻ヲ自己ノ妻ト爲ス如キハ毫モ妨ナシトス蓋シ直系ノ姻族ハ親子ニ等シキ關係ヲ生シタルモノナルカ故ニ其關係ノ止ミタル後ト雖モ婚姻ヲ禁スルハ人倫ヲ維持スルノ上ニ於テ極メテ必要ナリトス

(四) 準血族 準血族ニ在リテモ其直系即チ養父母、繼父母、嫡母ト養子、繼子トノ間ニ於テハ互ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(七六九條)養子ト養親及ヒ其直系尊屬トノ間又ハ養子ノ配偶者養子ノ直系卑屬又ハ其配偶者ト養親及ヒ其血族トノ間ニ於テハ第七三〇條ノ規定ニ依リ親族關係カ止ミタル後ト雖モ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(七七一條)其理由亦前項ニ於ケルト同シ而シテ本條ハ唯親子ニ準スヘキ者ノ間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ禁シタルニ過キサレハ養親ノ子ト養子トノ間又ハ養子相互ノ間ニ婚姻ヲ爲スニ妨ナシトス

繼父母ト繼子ト嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ準血族關係止ミタル後婚姻ヲ爲スニ妨ナキヤ否ヤニ付テハ何等ノ明文ナキヲ以テ多少ノ疑ナキニ非スト雖モ此關係タルヤ本來一個ノ姻族關係ナルヲ以テ第七七〇條ノ規定ニ照シ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルモノトセサルヘカラス

#### 第七 保護者ノ同意

法律ハ婚姻ノ適齡ト普通ノ成年齡トヲ異ニスルノ結果結婚者ハ保護者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ストセリ是レ畢竟婚姻ハ人ノ生涯ノ幸不幸ヲ來スヘキ關鍵ニシテ思慮未タ十分ナラス動モスレハ

利慾ノ爲メ或ハ一時ノ感情ニ制セラレ易キ年少氣銳者ヲシテ輕輕ニ婚姻ヲ爲サシムルカ如キハ忍ビサル所ナルヲ以テノミ換言スレハ婚姻ノ如キ人生ノ重要事項ニ關シテ保護者ノ意見ヲ容ルルハ極メテ善良ニシテ管ニ結婚者ノ爲ニ其不能ヲ補フニ足ルノミナラス一家ノ利害休戚ヲ定ムルニ必要ナルモノト認メタルニ因ルナリ今其同意ヲ與フルノ權利アル者ヲ示サハ即チ左ノ如シ』

(一) 父母 子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス蓋シ子ヲ知ル者ハ父母ニ若クモノナク子ヲ愛スル者亦父母ニ若クモノナシ父母ハ其子幸福ナルヘキヲ期待スルモ子惡シカレト望ム者ナシ故ニ婚姻ニ付テモ子ノ爲メニ最モ用意周到ナル助言ヲ與ヘ得ヘク此ノ如クニシテ始メテ立法ノ精神ハ圓滿ニ達スルヲ得ヘキナリ而シテ法律ハ父母ノ間ニ個個異議ノ存スルヲ容サス必ス雙方同一ノ意見ナルヘキコトヲ要シ其實父母ナルト繼父母、嫡母又ハ養父母ナルト問ハス家ニ在ル父母ノ意見ヲ聞クヘシトシ其父母カ親權ヲ有スルト否トニ論ナク又若シ同一ノ家ニ實父、養父若クハ實母、繼母等二人以上アル場合ニ於テモ何レモ全員ノ同意ヲ得ルコトヲ必要トセルモノナリ但男力滿三十年女力滿二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス(七七一條一項)

法律カ父母ノ同意ヲ要ストセル所以ノモノ全ク子ノ一身又ハ一家ノ利害休戚ヲ慮ラシムルニ在リトセハ子ハ年齢ノ如何ニ拘ハラズ常ニ父母ノ同意ヲ要ストセサルヘカラス然レトモ男女ニシテ既ニ相當ノ年齢ニ達シ十分經驗ヲ重ネ世故慣レタルモノニ在リテハ餘リニ束縛ノ太シ

キモノト謂ハサルヲ得ス殊ニ男子ニシテ三十年ヲ過キ女子ニシテ二十五年ヲ過キタル者ニ在リテハ老衰ニ至レル其父母ヨリハ寧ろ適當ナル判斷力ヲ有スルニ至ルヘキカ故ニ最早父母ノ同意ヲ必要トセスト認メタルニ外ナラス而モ法律カ男女ノ間ニ年齡ノ差等ヲ設ケタルハ女子ハ男子ニ比シ一層速ニ成熟シ適當ナル嫁期ヲ失ヒ易キモノナルカ故ニ本要件ヲ早ク解除シテ之ヲ免ルルコトヲ得セシメ以テ自己ノ運命ヲ支配スルノ自由ヲ得セシムルノ要アレハナルヘシ

(二) 父母ノ一方 父母ノ一方カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ若クハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ同意ノミヲ以テ足ル(七七二條二項)是レ事實上、法律上父母雙方ノ同意ヲ得ル能ハサル場合ナルカ故ニシテ立法ノ精神ニ至リテハ毫モ論ハル所ナシ

若シ父母共ニ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ未成年者ヲ除クノ外ハ父母ノ同意ヲ得シテ婚姻ヲ爲スコトヲ得(七七二條三項)

(三) 後見人 父母又ハ其一方ノ在ル者ハ其同意ヲ得テ婚姻ヲ爲スヘキモ父母共ニ知レサルトキ、死亡シタルトキ、家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スル能ハサルトキハ未成年者ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(七七二條三項)

禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(七七四條)是レ禁治產者ノ後

見人ハ身分上ニ付テハ何等ノ權利義務ヲ有スルモノニ非サレハナリ

(四) 親族會 前項未成年者カ後見人ノ同意ヲ得テ爲スヘキ婚姻ニ付テハ均シク親族會ノ同意ヲ得サルヘカラス親族會ハ即チ後見ノ最高機關ナレハナリ又繼父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ニ同意セサルトキハ子ハ親族會ノ同意ヲ得テ婚姻ヲ爲スコトヲ得ヘシ(七七三條)是レ蓋シ繼父母又ハ嫡母ハ其子即チ自己ノ生ミタル子ニ非サルヨリシテ所謂繼子扱ヲ爲シ故ラニ其子ノ婚姻ニ同意セサルカ如キコトアルハ往往實例ニ乏シカラサルヨリ立法者ハ其繼親根性ノ子ノ婚姻ニ障礙アルヘキヲ豫防セント欲シタルニ由ル

(五) 戸主 家族カ婚姻ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(七五〇條)但戸主ノ同意ヲ得スシテ婚姻ヲ爲スニ妨ナキモ離婚又ハ復籍拒絕ノ制裁アルヘキコト前述スルカ如シ

右ノ如ク保護者ノ同意ヲ以テ婚姻ノ一要件トスルトキハ保護ノ方法ハ或ハ變シテ壓制ノ手段ト爲リ却チ其子ノ爲メニ害ヲ與フルニ虞ナキヲ保セス故ニ外國ノ法律ニハ父母ノ拒絕ニ對シ子ニ訴求ノ方法ヲ與ヘタルモノナキニ非ス然レトモ我法律ハ此ノ如キハ即チ一家ノ和睦ヲ害フモノトシテ之ヲ採用セス蓋シ同意ヲ與フルノ權利アル者ハ皆何レモ利益ヲ保護スルノ地位ニ在ル者ナレハ惡意ヲ以テ同意ヲ與ヘサルカ如キコトアルヘカラス好シ同意ヲ與ヘサルコトアリトモ一家ノ平和ヲ破ランヨリハ寧ロ其意見ニ屈從スルノ勝レルニ若カサルナリ唯我法律ハ前述スルカ如ク繼父母又ハ嫡母ニ一ノ特別ヲ設クルノミ

婚姻ノ要件ニシテ特別ノ法令ニ規定セルモノアリ此等ノ要件ニ付テモ之ヲ遵守スルコトヲ要スルハ勿論トス例ヘハ華族又ハ華族ノ子弟カ婚姻セントスルニハ先ツ宮内大臣ノ許可ヲ受ケサル

ヘカラサルカ如キ(華族令一〇條)又外國人ヲ入夫ト爲スニハ內務大臣ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルカ如キ(明治三十一年法律二一號)是ナリ又民法中ニ於テモ第七四四條第一項、第七五四條

第一項、第七四一條第一項ニ規定セルカ如キ要件アルコトヲ知ラサルヘカラス  
以上列舉セル各要件ニ付テハ其輕重ノ程度自ラ其間ニ存シ隨テ法律ハ或種ノ要件ニ付テノ婚姻取消ノ原因トシ或種ノモノニ付テハ否ラストセルノ差アリ其詳細ハ後ニ至リ判明スル所アルヘシ

## 第二項 形式上ノ要件

婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス(七七五條一項)是レ婚姻ノ形式上唯一ノ要件トスル所ノモノナリ

婚姻ノ届出ハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス(七七五條二項)其届出ノ場所ハ夫ノ本籍地又ハ所在地ノ戶籍吏ニ之ヲ爲スコトヲ要シ入夫婚姻又ハ婿養子縁組ナルトキハ妻ノ本籍地又ハ所在地ニ於テ其届出ヲ爲スコトヲ要スルモノトス(戸一〇四條)又其届書ニ記載スルコトヲ要スル條件ハ二戸籍法ノ規定ニ從ハサ



ルヘカラス(戸一〇二條、一〇三條)外國ニ在ル日本人間ニ婚姻シタルトキハ其届書ハ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ爲スコトヲ得(七七七條)公使又ハ領事ハ此場合ニ於テ戸籍吏ト同一ノ責務ヲ有スルモノトス(戸五九條以下参照)

婚姻ノ届出ハ當該官吏ノ受理ニ因リテ完全ナル效力ヲ生ス而シテ當該官吏ハ婚姻カ法律上ノ要件ヲ具備セサルトキハ其届出ヲ受理スルヲ得ス隨テ當該官吏ハ民法上ノ要件其他戸籍法又ハ特別ナル法令ニ定ムル要件ノ具備セルコトヲ認メタル後ニ非サレハ之ヲ受理スヘカラス唯(一)婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入ラントスル場合ニ婚家又ハ養家及ヒ實家ノ戸主ノ同意ヲ缺クトキ又ハ(二)家族カ戸主ノ同意ヲ得サルモノナルトキハ當該官吏カ一應其違法ナル旨ヲ注意シタルニ拘ハラヌ尙ホ當事者ニ於テ其届出ヲ爲サント欲スルトキハ其儘之ヲ受理セサルヲ得ス(七七六條)是レ蓋シ此等ノ場合ニ於テハ其婚姻ヲシテ無効ナラシメンヨリハ寧ロ之ヲ成立セシムルヲ利ナリト認ムヘク戸主ハ其同意ヲ與ヘサルノ故ヲ以テ之ヲ離籍シ得ルカ故ニ毫モ事ニ害ナキヲ以テナルヘシ其他ノ要件ニ違反シタル場合ニ於テ戸籍吏カ一旦届出ヲ受理シタル場合ニ在リテハ婚姻ハ固ヨリ成立スルニ妨ナク如何ナル場合ニ於テモ若シ戸籍吏カ不當ニ不受理ノ處分ヲ爲シタルトキハ戸籍法第二〇三條以下ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ

婚姻ハ届出ヲ以テ其成立ノ要件トスルコトハ民法上更ニ疑ナキ所トス(七七八條)之ヲ從前ノ法

令ニ參照スルニ明治八年十二月太政官達第二〇九號ニ「婚姻又ハ養子養女ノ取組若クハ其離婚離縁假令相對熟談ノ上ナリトモ雙方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其效ナキモノト看做スヘク候條右等ノ届出等閑ノ所業無之様精精説諭可致置此旨相達候事」トアリ明治十年司法省丁第四六號達ニ依ルトキハ「八年第二〇九號ノ諭達後其登記ヲ怠リシ者アリト雖モ既ニ親族近隣ノ者モ夫婦若クハ養父子ト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ夫婦若クハ養父子ヲ以テ論ス可キ儀ト相心得ヘシ」トアリ隨テ我大審院ハ前記二〇九號ノ達ハ人民ヲシテ身分ノ異動ヲ登記セシムヘシトノ諭達ニ止マリ其登記ヲ以テ婚姻又ハ養子女取組ノ要件トシタルモノニ非サルヨリ未タ戸籍ニ登記セサルモ習慣ニ從ヒテ婚姻ノ儀式ヲ舉ケ已ニ夫婦ト爲リタル後離婚ヲ爲ササル内重ネテ他ノ者ト結婚シタル所爲ヲ重婚罪ヲ以テ罰シ或ハ未タ送籍ヲ爲ササルモノノ妻タル身分ニ在ル者ノ姦通ノ所爲ニ對シ姦通罪ヲ以テ處罰シタルコトアリ(明治三十年二月二十六日判決)然レトモ民法實施後ノ今日ニ於テハ届出ヲ以テ婚姻成立ノ一要件トスルモノナルカ故ニ届出ナキ男女ノ間ニハ未タ婚姻ノ成立セルモノト謂ハサルヲ得サルヘシ唯民法實施以前ニ爲シタル婚姻ニ付テハ明治八年太政官達第二〇九號ニ關スル前示明治十年司法省丁第四六號達ハ尙ホ遑由ノ效力アルモノト謂フヲ得ヘク(明治三十四年十一月二十七日大審院判決參照)民法實施前ニ在リテハ假令戸籍簿上婚姻ノ事實ヲ登記セサル者ノ間ト雖モ事實上ノ婚姻關係アリタル以上ハ之ヲ夫婦ト認ムヘキモノトス(大審院判決三十七年(オ)三三二號)勿論此等ノ判決ニ付テハ異論アル

ヲ免レサルナリ

## 第二款 婚姻ノ無効及ヒ取消

### 第一項 婚姻ノ無効

婚姻ノ無効トハ婚姻ノ意思表示カ其效力ヲ生セサルヲ謂ヒ左ノ二個ノ場合ニ限リ婚姻ハ無効ナリトス(七七八條)

(一) 當事者間ニ婚姻ヲ爲スノ意思ナキトキ 婚姻ハ當事者雙方カ婚姻ヲ爲ス旨ノ意思表示ヲ爲シタルニ因リテ成立スルモノナリ故ニ當事者雙方トモニ其兩人間ニ婚姻ヲ爲スノ意思全ク存在セサルニ於テハ婚姻ノ成立セサルヘキハ亦論ヲ俟タス而シテ當事者ニ婚姻ヲ爲スノ意思ナキ場合ニ種種アリ或ハ全ク意思ノ欠缺セルモノアリ又或ハ人違例ヘハ甲女ト婚姻セントスルモノ乙女ヲ甲女ト誤リテ婚姻シタルトキ或ハ肉性ノ錯誤アリテ兩男又ハ兩女ノ間婚姻シタルトキノ如キ是ナリ此等ノ場合ハ畢竟當事者間ニ全ク婚姻ヲ爲スノ意思ノ存在セサルモノナレハ之ヲ無効トセサルヘカラス唯彼ノ意思ノ全ク存在セサルニ非スシテ單ニ瑕疵アルニ過キサルモノノ如キハ之ヲ無効トスヘキニ非ス又茲ニ所謂人違トハ人ニ關スルノ錯誤ヲ謂フモノナレハ人ノ性質、身分若クハ財産等ニ關スル錯誤ハ決シテ無効ノ原因ト爲ルモノニ非ス

(二) 當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキ 婚姻ハ届出ヲ以テ一要件トスルモノナレハ其届出

全クナキ場合ハ婚姻ハ絶對ニ無効タルヘシ但其届出カ單ニ届出ノ形式ニ缺クル所アルニ止マルモノ例ヘハ證人ノ署名ヲ缺キタルトキ若クハ證人カ未成年者ナリシトキノ如キ場合ニ於テ而モ戸籍吏カ之ヲ受理シタルニ於テハ婚姻ハ成立シテ其效力ヲ妨ケラルルモノニ非ス(七七八條二號)

婚姻ノ無効ハ訴ヲ以テ之ヲ確定スルコトヲ必要トセス婚姻ノ無効ハ初ヨリ婚姻ノ不成立ナルモノニシテ何人ト雖モ之ヲ主張スルコトヲ妨ケス唯其爭アル場合ニ於テハ其無効ヲ確定スルコトニ付キ利害ノ關係アル者ヨリ婚姻無効ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク此場合ニ於テ裁判所カ言渡シタル判決ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ有ス(人訴一八條)故ニ一タヒ裁判所カ婚姻ノ無効ヲ宣言シタル場合ニハ爾後何人モ其有效ヲ主張スルコトヲ得ヘカラス又裁判所モ此訴ニ付キ請求ヲ棄却シタル場合ニ於テハ爾後何人モ婚姻ノ無効ヲ主張スルニ由ナカルヘシ婚姻カ無効ナルトキハ其無効ナル事由ノ證明書ヲ提出シテ登記ノ取消ヲ申請スルコトヲ要シ(戸一〇五條)若シ婚姻無効ノ裁判カ確定シタルトキハ其訴ヲ提起シタル者ハ裁判確定ノ日ヨリ一个月内ニ裁判ノ謄本ヲ提出シテ登記ノ取消ヲ申請スルコトヲ要シ檢事カ訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ檢事ヨリシテ之カ取消ヲ請求スルコトヲ要ス(戸一〇六條)

### 第二項 婚姻ノ取消

婚姻ノ取消トハ一旦成立シタル婚姻ノ意思表示ヲ無効ナラシムルコトヲ謂ヒ法律ノ規定ノミニ因リ當然生スルニ非ス裁判所ノ判決ニ因リテ其效力ヲ生ス而シテ婚姻ノ取消ニ付テハ法律上左ノ如キ二個ノ原則アルヲ認ム

第一 法律ニ於テ明カニ宣言シタル所ノ取消以外ニ婚姻ノ取消ナルモノナシ 是レ實ニ婚姻ノ取消ハ公益上又ハ風俗上ノ必要ノ爲メニ總テ之ヲ豫見シ總テ之ヲ規定シ何等ノ專斷ヲモ許サザランコトヲ欲シタルニ由ル

第二 婚姻ノ取消ハ法律ノ指定シタル人ノ訴求ニ因ルニ非サレハ宣告セラルルコトヲ得ス 是レ亦實ニ婚姻ハ其性質上社會ノ秩序ニ關スルカ故ニ利害ノ關係ナキ啻ニ之カ訴求ノ途ヲ與フルノ必要ナキニ由ル

婚姻ノ取消ハ以上ノ二原則ニ支配セララルモノ之ヲ許スノ原因ハ或ハ公ノ秩序ヲ基礎トシテ定ムルモノト一個人ノ利益ヲ基礎トシテ定ムルモノトアリ隨テ取消ハ或定マリタル人ノミ之ヲ請求シ得ルト利益ヲ有スル總テノ人ヨリ請求シ得ルト又時效若クハ追認ニ因リ救正シ得ヘキモノト否ラサルモノトノ結果上ノ差異アリ故ニ之ヲ絶對的取消及ヒ關係的取消ノ二ニ區別スルヲ得

#### 第一 絶對的取消ノ場合

婚姻取消ノ原因カ公益上ノ理由即チ婚姻關係ノ繼續カ直接ニ公ノ秩序ニ害アルモノヲ稱シテ茲ニ絶對的取消ノ場合ト謂フ第七八〇條乃至第七八二條ニ規定スル所ノモノ即チ是ナリ

#### 一 取消權ヲ有スル者

婚姻ノ取消カ専ラ公益上ノ理由ニ基ク場合ニ在リテハ取消權ヲ有スル者ハ其婚姻ニ付テ利害ノ關係ヲ有スル總テノ人ナリトセルコト左ノ如シ

(一) 當事者 各當事者ハ婚姻カ初ヨリ違法ナルコトヲ知リテ爲シタル場合ト否トヲ問ハス何レモ其婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得例ヘハ重婚ノ場合ニ重婚タルヲ知ラスシテ婚姻シタル者モ重婚者モ均シク取消ノ請求ヲ爲シ得ヘキカ如シ

(二) 戸主 戸主ハ家族ヲ監督スルノ任務アルモノナレハ其家族ノ婚姻ニシテ違法ナル場合ニ於テハ之ヲ取消サシムルノ權利ヲ與ヘタリ

(三) 親族 血族、姻族又ハ其直系ナルト傍系ナルトヲ問ハス當事者ノ親族タル關係ヲ有スル者ハ皆取消ヲ請求スルヲ得、即チ親權擁護ノ必要若クハ相續上又ハ一家ノ休戚上重大ナル利害ノ關係アルヘキニ因ル

(四) 當事者ノ配偶者又ハ其前配偶者 此等ノ者ハ重婚禁制期間内ノ再婚、相姦者間ノ婚姻ニ付キ取消權ヲ行使スルコトヲ得

(五) 檢事 檢事ハ公益保護ノ任アルヲ以テ取消權ヲ與フ但當事者ノ一方カ死亡シタル後ハ之ヲ請求スルヲ得ス是レ蓋シ違法ノ婚姻ニ因リ公益ヲ害スルハ其婚姻關係ノ繼續スルニ由ルモノナレハ當事者ノ一方ニシテ死亡セハ婚姻ハ既ニ解消シ最早之ヲ取消スノ要ナキニ由ル若シ

然ラハ檢事ヨリ取消ノ請求ヲ爲シタル後ト雖モ其判決前ニ於テ當事者協議上ノ離婚ヲ爲シタルトキハ如何法律ハ當事者ノ死亡ヲ以テ取消訴權消滅ノ原因ト爲スモ離婚ヲ以テ其原因ト爲セシコトナケレハ此場合ニ於テハ尙ホ取消權アリトスヘキニ似タリ而モ離婚ニ因リ違法ノ離婚ハ解消セラレ最早善良ノ風俗ヲ害スルモノナキヲ以テ恰モ當事者ノ一方カ死亡シタル場合ト均シク公益ヲ代表スル檢事ノ取消訴權ハ自ラ消滅スルモノト謂フヲ得ンカ(明治三十三年十一月十七日大審院判決參照)

## 二 婚姻ノ取消原因及ヒ取消權行使ノ期間

(一) 不適當ナル場合 是レ婚姻ニ適當ヲ定メタルヨリ生スル一ノ結果ナリトス而シテ此場合ニ取消ヲ請求スルニハ左ノ如ク區別セサルヘカラス

(イ) 不適當者以外ノ者ヨリ取消ヲ請求スルトキ 此場合ニハ取消ノ原因不適當ナルニ存スルモノナレハ取消權者ハ不適當者カ適當ニ達セサル内ニ其權利ヲ行使セサルヘカラス(七八一條一項) 既ニ適當ニ達シタル後ナラシメハ最早瑕疵ナキニ至リタルモノナルカ故ニ特ニ之カ取消ヲ許スノ要ナキヲ以テナリ

(ロ) 不適當者カ取消ヲ請求スルトキ 此場合ニハ適當ニ達シタル後尙ホ三個月間ハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得セシム是レ全ク不適當者ハ其不適當ナル間ハ十分ノ能力ナキモノナレハ取消權ヲ與ヘタル以上ハ之ヲ行使スルカ爲メニ相當ノ期間ヲ與フルヲ要スト認メタ

見ルヘキノミ第七三九條ノ規定ニ依リ復籍シタル者ニ付テハ之ヲ適用スルノ限ニ在ラス何トナレハ實家ニ復籍スルニ因リ其者ハ實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復セヘキモノナレハ其結果他ノ直系卑屬ノ利益ヲ害スルニ至ルトモ敢テ不條理ナラサレハナリ

又第七三七條又ハ第七三八條ノ規定ニ依リ戸主ノ家ニ入リタル者カ其入籍ノ當時ニ在リテハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナカリシニ後ニ至リ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬アルニ至リタルトキハ其者トノ相續順位ノ關係如何蓋シ入籍ノ當時ニ於テ他ニ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナカリシトキハ入籍者ニ於テ第九七〇條ノ規定ニ從ヒ家督相續人ト爲ルヘク隨テ後ニ至リ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬アルニ至ルモ之カ爲メニ既得ノ權利ヲ害セラルヘキモノニ非サルカ如シ然レトモ第九七二條ハ其解釋上敢テ入籍ノ前後ヲ區別セサルモノトスルヲ至當トスルカ故ニ假令入籍後嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬アルニ至リタルトキト雖モ入籍者ハ相續上先順位ヲ得サルモノトセサルヘカラス

明治三十五年四月法律第三七號ヲ以テ民法第七四三條ニ「家族カ分家ヲ爲ス場合ニ於テハ戸主ノ同意ヲ得テ自己ノ直系卑屬ヲ分家ノ家族ト爲スコトヲ得」前項ノ場合ニ於テ直系卑屬カ滿十五年以上ナルトキハ其同意ヲ得ルコトヲ要ス」トノ二項ヲ追加セラレ同法律附則第二項ニ「本法施行前ニ分家ヲ爲シタル者ノ直系卑屬ニシテ民法第七百三十七條ノ規定ニ依リ分家ノ家族ト爲リタル者ニ付テハ同法第九百七十二條ノ規定ヲ適用セス但第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害

スルコトヲ得ス」ト規定セラレタリ隨テ明治三十四年四月二十五日（法律第三七號ハ四月五日ヲ以テ公布セラレ）以前ニ分家ヲ爲シタル者ノ直系卑屬ニシテ第七三七條ノ規定ニ依リ分家ノ家族ト爲リタル者ニ付テハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬アルトキト雖モ第九七〇條ノ通則ニ從ヒ其相續順位ヲ定メサルヘカラス

## 第三例外

第九七三條ニ曰ク「法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニ養子縁組ニ因リテ其相續權ヲ害セラルルコトナシ」ト本條ハ明カニ前示第九七〇條ノ例外ヲ爲スモノナレトモ本條ノ適用ニ關シテハ從來議論アルヲ免レス立法者ハ曰ク推定家督相續人アルモノト雖モ婿養子ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ若シ女子タル推定家督相續人ニ婿養子ヲ迎ヘタル場合ニハ其婿養子カ相續權ヲ受クヘキハ當然ノコトニ屬ス然レトモ推定家督相續人ノ姉妹ニ迎ヘタル婿養子ニシテ推定家督相續人ヲ排斥シテ相續權ヲ受ケシムルコト爲リテハ其不條理ナルコト深ク辯明スルヲ要セス故ニ既ニ推定家督相續人アルモノト雖モ婿養子ヲ爲スコトヲ許シタル以上ハ推定家督相續人ノ姉妹ノ爲メニスル婿養子ハ推定家督相續人ヲ排斥シテ自ラ相續權ヲ受クヘキモノナルカラ疑ハシムルニ足ル是レ本條ノ規定ヲ設ケテ推定家督相續人ノ既得ノ相續權ヲ保全セシムル所以ナリト（民法修正案理由書）然レトモ男子ニシテ既ニ法定ノ推定家督相續人タル場合ニ於テハ其姉妹ノ爲メニスル婿養子ノ爲メニ相續權ヲ害セラレサルコトハ第九七〇條第二項ノ規定ニ依リ

然明カナルヲ以テ本條ハ決シテ此ノ如キ場合ニ適用ヲ見ルヘキモノニ非ス而モ法文ノ意義明晰ヲ缺タカ爲メ議論ヲ生スルノ已ムヲ得サルニ至レルモノトス

蓋シ想フニ從來既ニ法定ノ推定家督相續人タル嫡男ハ其實子タルト養子タルトニ論ナク其姉妹ノ爲メニ迎ヘタル婿養子ノ爲メニ其相續權ヲ害セラルルコトナシト雖モ庶男トシテ法定ノ推定家督相續人タル者アル場合ニ其姉妹ニ婿養子ヲ迎ヘ又ハ姉カ法定ノ推定家督相續人タルニ其姉ニ婿養子ヲ爲シ若クハ姉ノ廢除ニ因リ妹カ法定ノ推定家督相續人ト爲リタルニ其姉ニ婿養子ヲ迎ヘタル場合ノ如キ男ハ女ニ先チ嫡男ハ庶男ニ先ツノ原則ニ依リ婿養子カ先位ヲ有スルニ至ルヘキハ第九七〇條ノ示所ナリトス此等ノ場合ニ於テ從來既ニ法定ノ推定家督相續人トシテ當然相續ヲ爲スノ地位ニ在リタルモノカ一朝其姉妹ノ爲メニスル養子縁組ニ因リテ相續權ヲ害セラルルコトト爲リテハ立法者ノ所謂不條理ノ結果ヲ見ルヘキカ故ニ此ニ此例外的規定ヲ設クルニ至レルモノトス

或ハ曰ク本條ハ法律ノ特例ニ屬スル女婿タル養子ノ爲メニ後ニ生レタル直系卑屬ヲシテ常ニ相續權ヲ失ハシムルハ子ナキ者ノ爲メニ養子制度ヲ設ケタル趣旨ニ反スルヲ以テ姉妹ノ爲メニセラル養子縁組ノ爲メニ法定ノ推定家督相續人ノ相續ヲ妨ケシメサルモノナリ即チ本條ニ所謂法定ノ推定家督相續人トハ養子縁組ノ當時既ニ其資格ヲ有セルモノノミヲ謂ニ非ス養子縁組ノ後ニ生レタル者ヲモ指稱セサルヘカラスト此說ニ依レハ嫡出ノ姉ノ女婿ハ嫡出男子カ養子縁組ノ後



ニ生レタル場合ノ如キ本條ニ依リ後生ノ男子ニ相續權アリトセサルヘカラス然レトモ本條ニ所謂法定ノ推定家督相續人ハノ文字ハ文理上ノ解釋トシテ現ニ法定ノ推定家督相續人タル者ヲ指スモノトセサルヘカラス若シ此說ノ如クンハ本條ニ所謂法定ノ推定家督相續人ハ之ヲ男子ニノミ限ラサルヘカラス女子ト雖モ法定ノ推定家督相續人タルニ妨ナキノミナラス假令女婿ナリトモ相當ノ順位ニ在ルニ於テハ法定ノ推定家督相續人トシテ相續スルヲ得ヘキモノナレハ現ニ其地位ニ在ル者カ廢除ニ因ルニ非スシテ單ニ後生ノ男子ノ爲メニ其相續權ヲ奪ハルルノ結果ヲ生セシムルハ不當ナリト謂ハサルヘカラス之ヲ要スルニ本條ハ從來既ニ法定ノ推定家督相續人トシテ相續權ヲ得タル者ヲ保護セントスルノ旨趣ニ出タルモノニシテ本條ヲ適用セントスルニハ須ク先ツ養子縁組ノ當時ニ於テ其保護ヲ受クヘキ法定ノ推定家督相續人ノ何人ナルカヲ定メサルヘカラスナリ

或ハ難シテ曰ク女婿トスルカ爲メノ養子ハ第八三九條ニ規定スルカ如ク本來法律ノ特例トスル所ニシテ初ヨリ被相續人ヲ相續スルノ權利ナキモノナレハ特ニ第九七三條ノ明文ヲ要セサルナリト然レトモ第八三九條ハ決シテ女婿ノ爲メニスル養子ニ相續ノ權利ナキコトヲ前提トスルモノニ非ス同條アルカ爲メニ第九七三條ノ無用ニ歸スヘキノ謂レアルナシ假令女婿ノ爲メニスル養子ト雖モ一旦法定ノ推定家督相續人タルノ資格ヲ得ハ後日實男子ノ出生アリトモ爲メニ相續權ヲ奪ハルヘキニ非サルナリ唯從來ノ慣習上血族相承クルヲ以テ相續ノ本義トセルニ反シ實子

ヲ措テ養子ニ相續セシムルノ結果ヲ生スルニ過キス舊慣ニ反スルノ嫌アルモ法文ノ解釋上亦如何トモスル能ハサルナリ立法者ノ真意ハ或ハ實子ニ相續權ヲ與フルノ主旨ナルヘシト雖モ本條ノ明文上不備ノ嫌アルヨリシテ如上ノ解釋ヲ生スルハ亦已ムヲ得サル所ナリトス

## 第四例外

家族ニシテ家督相續人タルヘキ者カ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其者ニ直系卑屬アルトキハ其直系卑屬ハ其者ト同順位ニ於テ家督相續人ト爲ル(九七四條)之ヲ名ケテ代襲相續(Succession par représentation)又ハ承祖相續ト謂フ例ヘハ甲ニ乙、丙ノ二男アリ長男乙ハ丁ナル一子ヲ舉ケ甲ニ先チテ死亡シタル場合ニ於テ丁ハ其父乙ト同一順位ニ於テ甲ノ家督相續ヲ爲スヘキカ如シ

蓋シ家督相續人タルヘキ者カ被相續人ニ先チ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタルトキハ其弟又ハ妹ハ被相續人トノ親等ノ關係上家督相續人ト爲ルヘキハ當然ナルヘシ然レトモ死亡者又ハ失權者ノ直系卑屬アル場合ニ於テハ其父カ相續ヲ爲シタルニハ其直系卑屬ハ當然家督相續ヲ爲シ得ヘカリシニ朝或事變ノ爲メニ此地位ヲ得ル能ハサルニ至リテハ妥當ヲ缺クノ嫌ナキ能ハスモ從來ノ慣例ニ於テハ斯ル場合ニ孫カ祖父ノ相續ヲ爲スコトヲ許シ嫡孫承祖ナル名稱ヲ存スルモノナレハ本法ハ亦此慣例ヲ採用シ斯ニ代襲相續ノ制ヲ設クルニ至レリ而シテ此場合ニ於テ先順位ノ相續人ヲ被代襲者ト謂ヒ相續ヲ爲ス者ヲ代襲者ト謂フ

代襲相續ニハ左ノ條件ノ存スルヲ必要トス

第一 代襲者ハ相續人タルノ資格ヲ有スル者ナルコトヲ要ス 如何ナル相續ニ付テモ相續人タルノ資格ヲ具有セサルヘカラサルモノナレハ代襲者ハ缺格者タラサルコト被相續人ノ家族タル直系卑屬ナルコトヲ必要トス

第二 代襲者ハ第九七〇條及ヒ第九七二條ニ定ムル順序ニ從ヒ死亡者又ハ失權者ノ家督相續人タルコトヲ要ス

第三 被代襲者ハ第九七〇條及ヒ第九七二條ノ規定ニ依リテ家督相續人ト爲リタル者ナルコトヲ要ス 第九七四條ノ規定ハ被相續人ノ家族タル直系卑屬間ノ法定順位ニ關スル規定ニ外ナラス何トナレハ同條ニハ其直系卑屬ハ第九七〇條及ヒ第九七二條ニ定メタル順序ニ從ヒ云云トアリテ其所謂第九七〇條及ヒ第九七二條ハ孰レモ被相續人ノ家族タル直系卑屬ニ關スル規定ナルニ依リ明カナレハナリ隨テ第九七四條ハ被相續人ノ家族タル直系卑屬ニ非サル者ニ關シテハ適用ナシ故ニ傍系親又ハ尊屬親ニ在リテハ代襲者ト爲ル能ハス而シテ代襲相續人ノ相續順位ニ付テハ男女、長幼、嫡庶ノ區別又ハ生來ノ家族ナルト否トニ因リ差等アルヘキハ勿論ナリトス

又被代襲者ニ付テ之ヲ見レハ被相續人ノ家族タル直系卑屬又ハ入籍ニ因リテ家族ト爲リタル直系卑屬ニシテ法定ノ順位ニ於テ家督相續人ト爲リタル者ナラサルヘカラス此等ノ家督相續人ハ人ニシテ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ始メテ代襲相續ヲ見ルヘキモノトス

又代襲相續ハ相續ノ順位ニ在ル者ノ親等ヲ昇ラシムルニ在リ相續ノ權利アリテ初メテ代襲相續ヲ爲スコトヲ得隨テ指定又ハ選定ノ家督相續人ニ付テハ假令其者ニ直系卑屬アルトキト雖モ其直系卑屬ハ自己固有ノ權利トシテ被相續人ヲ相續スルコトヲ得サルモノナレハ其者カ相續開始前ニ死亡シ又ハ失權シタリトスルモ代襲相續ヲ爲スコトヲ得ス

第四 被代襲者カ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ナルコトヲ要ス 此ニ所謂死亡モ亦事實上ノ死亡ト法律上ノ死亡ヲ包含ス唯一且相續開始シタル以後家督相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡スルコトアリトモ是レ普通ノ相續ニシテ決シテ代襲相續ニ非ス

又此ニ所謂失權ノ原因ハ缺格、廢除ハ勿論婚姻又ハ縁組ニ因リ他家ニ入リタルカ爲メ若クハ離婚又ハ離縁ニ因リ其家ヲ去リタルカ爲メ又ハ本家ノ相續或ハ離婚ニ因リ其家ヲ去リタルカ爲メ相續權ナキニ至リタル等ノ總テノ場合ヲ包含ス換言スレハ法定ノ順位ニ於テ家督相續人タルヘキ者カ或事由ノ發生ニ因リ其順位ニ於テ家督相續人ト爲ルコト能ハサルニ至リタル總テノ場合ヲ包括スト知ルヘシ

以上四箇ノ條件ヲ具備シテ初メテ代襲相續ト謂フヘク此代襲相續ニ付テハ相續人タルヘキ者カ

民法施行以前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テモ之ヲ適用スヘキモノトス(民施五八條)

第五 例外 法定ノ推定家督相續人タル者カ第九七五條ノ規定ニ依リ廢除セラレタルトキハ第一位ニ於テ相續ヲ爲スコトヲ得サルハ前述スルカ如シ從テ第九七〇條ノ原則ニ依リ第一ニ相續ヲ爲スヘキ者ト雖モ廢除ニ因リ相續ヲ爲スラ得サルモノナレハ第九七五條ノ規定ハ亦一面ニ於テハ第九七〇條ノ例外の規定ナリト謂フコトヲ得ヘシ

### 第三款 指定家督相續人

家督相續人ノ指定ハ本則トシテ法定ノ推定家督相續人ナキ時ニ限り之ヲ爲スコトヲ得何トナレハ法定ノ推定家督相續人ハ當然相續ヲ爲スヘキ地位ニ在ルモノナルカ故ニ別ニ相續人ヲ定メシムルノ要ナク之ヲ指定スルモ何等ノ實益ナカルヘキヲ以テナリ故ニ其結果トシテ初ニ有效ナリシ指定ト雖モ後日法定ノ推定家督相續人アルニ至リタルトキハ指定ノ效力失フモノトセサルヘカラス(九七九條一項)例ヘハ被相續人カ一人モ子ナキ爲メニ或人ヲ指定シテ家督相續人ト爲シタルモ後日ニ至リ實子ヲ舉ケタルトキノ如シ然ラハ指定ノ後法定ノ推定家督相續人アルニ至リタルモ其者カ後日死亡シ又ハ相續權ヲ失ヒタルトキハ前ノ指定ハ其效力ヲ回復スヘキカ又指定ノ當時ニ於テハ一人ノ子アリタルモ後日其者カ死亡シタルトキハ其指定ノ效力如何前者ニ付

ノ點ニ於テ多少ノ差異アリタルモノノ如シ且家督相續ニ付テモ法律ハ既ニ此等ノ者ノ間ニ其順位ノ優劣ヲ定ム故ニ法律上遺產相續ニ付テ相續分ニ差等ヲ設クルモ敢テ失當ナリト云ヒ能ハサルヘシ

### 第二代襲相續人ノ相續分(一〇〇五條)

第九九五條ノ規定ニ依リテ相續人タル直系卑屬ノ相續分ハ被代襲者即チ其直系尊屬カ受クヘカリシモノニ同シ故ニ代襲相續人カ一人ニシテ父ノ兄ト遺產ヲ相續スル場合ニハ遺產ノ二分ノ一ヲ以テ相續分ト爲ス若シ代襲相續人數人アル時ハ被代襲人カ受クヘカリシ部分ニ付キ第一〇〇四條ノ規定ニ從ヒ其相續分ヲ定ムヘキモノナリ例ヘハ甲、乙二人ノ相續人アリ内甲ハ丙丁ナル二人ノ子ヲ遺シテ相續開始前ニ死亡シタルトセン而シテ甲ノ受クヘカリシ相續分ヲ假ニ五百圓トスレハ丙、丁ハ其五百圓ヲ平分スヘキモノナリ若シ又丙ナル者モ戊、己二人ノ子ヲ遺シテ死亡シタルトセハ戊、己ニハ丙ノ受クヘカリシ二百五十圓ヲ平分シテ其二分ノ一ヲ以テ各自ノ相續分トスルカ如シ而シテ代襲相續人中嫡出子ト庶子、私生子トアルトキハ其相續分ノ割合ニ等差アルコト前ト同シ

以上説明スル所ハ法律カ豫メ相續分ニ關シ一ノ準則ヲ示シタルニ過キスシテ被相續人カ相續分ヲ定メサル場合ニ之ヲ適用シ被相續人自ラ相續分ヲ定メタルトキハ之ニ依リテ各自ノ相續分ヲ定メサルヘカラス遺產相續ハ元來財產ノ死後處分ニ外ナラサルカ故ニ被相續人ハ生前自由ニ自



己ノ財産ヲ處分シ得ルト同シク死後ニ於ケル相續人ノ相續分ヲ定メ得サルノ理ナシ被相續人ハ或ハ男子ハ已ニ自活ノ途ヲ得タルカ故ニ女子ニ多ク遺産ヲ相續セシメント欲スルコトアルヘク或ハ又長男ニハ相當ノ遺産ヲ與ヘタルヲ以テ次男ヲシテ生計ノ餘裕ヲ得セシメント欲スルコトアルヘシ此ノ如ク被相續人ノ意思ニ因リ遺産相續ニ付テノ各自ノ相續分ヲ定メンコトハ固ヨリ相續處分ノ範圍ニ屬スルコトニシテ法律上之カ自由ヲ拘束スルノ理由アルナシ

然リト雖モ相續分ノ指定ヲ絕對無制限ニ放任セハ亦弊ノ伴フナキヲ保セス故ニ(一)相續分ヲ定ムルニハ遺言ヲ以テスルコトヲ要シ(二)相續人ノ遺留分ヲ害セサルノ範圍ニ於テスルコトヲ要シ此二個ノ制限ニ遵フニ於テハ被相續人自ラ之ヲ定ムルモ又ハ第三者ニ委託シテ之ヲ定メシムルモ或ハ單ニ二ノ相續人ノ相續分ノミヲ指定スルモ法律ハ敢テ之ニ干渉セス(一〇〇六條一項)而シテ遺言ニ因リテノミ相續分ノ指定又ハ指定ノ委託ヲ爲シ得ヘシトセル所以ノモノ畢竟遺言ハ要式行爲ニシテ法律上嚴正ナラサルヘカラサルモノナレハ被相續人カ自己ノ死後ニ於ケル處分ヲ定メシムルニ最モ適當ニシテ且相續人間ニ平和ヲ保ツ所以ノ途ナレハナリ其遺留分ヲ害スルヲ得セシメサルハ相續人ノ權利ヲ確保スル所以ニ外ナラス殊ニ第三者ニ相續分ノ指定ヲ委託スルコトヲ許シ相續人ヲシテ之ヲ定メシメサルハ成ルヘク公平ヲ失セサラシメンカ爲メニシテ相續人間ニ紛爭ヲ生センコトヲ避ケタルモノトス

被相續人カ共同相續人中ノ一人若クハ數人ノ相續分ノミヲ定メ又ハ第三者ヲシテ之ヲ定メシメ

タル場合ニ於テハ他ノ共同相續人ノ相續分ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキヤ此ノ如ク一部ノ指定ハ無効ニ歸スヘキヤ將タ又他ノ共同相續人カ已ニ指定セラレタル相續分ノ平均ニ依ルヘキモノナルヤ或ハ平等ノ相續分ヲ受クヘキモノナルヤニ付テ疑ナキ能ハス然レトモ假令一部ノ指定ト雖モ被相續人カ表示シタル意思ヲ全然無効ニ歸セシムルハ其當ヲ得タルモノト云フコトヲ得サルト共ニ他ノ一方ニ於テハ被相續人又ハ第三者ニ依リテ相續分ヲ指定セラレサリシ相續人ニ付テハ法定相續分ニ依ルヘキコトハ其最モ至當ナリトスル所ナリ故ニ此ノ如キ場合ニ在リテ他ノ相續人ノ相續分ハ第一〇〇四條及ヒ第一〇〇五條ノ規定ニ依リ之ヲ定ムヘキモノトセリ(一〇〇六條二項)故ニ例ヘハ甲、乙、丙三人ノ子アリテ被相續人カ甲ニ遺産ノ二分ノ一ヲ與フヘキコトヲ遺言シタリトセンカ乙、丙二人ノ子ハ孰レモ嫡出子ナルカ又ハ庶子若クハ私生子ナルトキハ各四分ノ一ヲ受クヘシ若シ乙カ嫡出子ニシテ丙カ庶子ナルトキハ乙ハ三分ノ一丙ハ六分ノ一ノ遺産ヲ受クヘキカ如シ

### 第三 贈與又ハ遺贈ヲ受ケタル遺産相續人ノ相續分

前段説明シタルカ如ク法律カ共同相續人ノ相續分ニ關シ豫メ準則ヲ設ケタル所以ハ一ニ實際上ノ便宜ト被相續人ノ意思トヲ考ヘ遺産分割ノ公平ヲ得ンコトヲ期スルニ在リ然ルニ共同相續人中ノ或者カ已ニ贈與ヲ受ケ又ハ遺贈ヲ受ケタルモノアルトキハ其贈與又ハ遺贈ノ價額ヲ相續財產中ヨリ控除シ各共同相續人ノ相續分ヲ定ムルトキハ受贈者又ハ受遺者タル相續人ハ他ノ相續

人ニ比較シテ多大ノ利益ヲ受クルコトト爲リ分割ノ公平ヲ保ツコト能ハサルニ至ラン蓋シ被相續人カ共同相續人ノ或者ニ遺贈ヲ爲シ又ハ共同相續人中ノ或者ヲシテ婚姻又ハ縁組ヲ爲サシメ或ハ分家ヲ爲サシメ若クハ廢絶家ヲ再興セシメテ之ニ相當ノ財産ヲ分與シ或ハ生計ノ資本トシテ財産ノ贈與ヲ爲スコトハ日常行ハルモノナレハ此等ノ者ヲシテ遺産ノ分割上他ノ相續人ト同等ノ相續分ヲ受ケシムルコトハ或ハ被相續人ノ意思ニ適セサルノ結果ヲ生スルニ至ラン故ニ諸國ノ法律上遺産分割ノ場合ニ於ケル遺贈物ノ處置ニ關シ種種ナル主義ヲ存スルニ至レリ或ハ受贈者又ハ受遺者ヲシテ悉ク遺贈物ヲ返還セシメ之ト遺産トヲ合併シテ更ニ相續人ノ相續分ヲ定ムヘシトセルモノアリ或ハ又別ニ返還ヲ要セストセルモノアリ又或ハ被相續人ノ意思ノ存スル場合ニ限り遺贈物ヲ返還セシムヘシトセルモノアリ或ハ又其被相續人ノ意思ハ明示ナルコトヲ要ストスルアリ或ハ默示ノ意思ヲモ推測スヘシトスルアリ此ノ如ク種種ナル主義ノ存スルアレトモ要スルニ此等ノ主義タルヤ理論上公平ナリトセハ實際上不便タルヲ免レス或ハ又理論ト實際ト必スシモ適合セサル狀況アリテ何レニスルモ遺贈物ニ關スル法律關係ヲシテ永久不確定ノ地位ニ存セシムルノ弊害アルヲ免レス故ニ我法律ニ於テハ遺贈物ハ之ヲ返還スルコトヲ要セサルモ之ヲ受ケタル各共同相續人ノ相續分ハ法律上又ハ任意上指定セラレタル相續分ヨリ贈與又ハ遺贈ノ價額ヲ控除シ之ヲ定ムヘキモノトセリ(一〇〇七條一項)爰ニ於テ平豫贈物ヲ返還スルノ不便ヲ避クルト同時ニ分割上ノ公平ヲ保ツコトヲ得ヘキナリ而シテ此規定ハ固ヨリ命令的

ノモノニアリサルヲ以テ被相續人カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ遺留分ニ關スル規定ニ反セサル限リハ之ヲ妨クヘキモノニ非ストシ(同三項)又其遺贈又ハ贈與ノ價額カ相續分ノ價額ニ等シク若クハ之ニ超過スルトキハ受贈者又ハ受遺者ハ其相續分ヲ受クルコトヲ得サルモノトセリ(同二項)是レ畢竟スルニ理論ト實際トヲ斟酌シテ成ルヘク分割ノ公平ヲ得セシムルニ出ツルト且ハ法律關係ノ繁雜ニ陥ラザランコトヲ豫防シタルニ外ナラス

抑、此遺贈物返還ノ制タルヤ其源ハ遠ク羅馬法ヨリ出テ佛國民法ノ如キハ其相續編中ニ「ラツボール」ト題シテ之ニ關スル綿密ナル規定ヲ設ク(佛民八四三條以下)本法ハ單ニ第一〇〇七條及ヒ第一〇〇八條ノ二條ヲ存スルニ過キサレトモ此規定ニ依ルトキハ遺贈物返還ノ不便ヲ避ケ單ニ贈與又ハ遺贈ノ價額ヲ相續財産ニ算入スルニ過キストセリ故ニ我法律ノ規定ハ假想的ノ返還主義トモ名クルコトヲ得ヘシ今本法ノ規定ニ從ヒ之ニ關スル原則ヲ左ニ掲ケン

一 算入ノ義務ヲ有スル者ハ相續人ニシテ同時ニ受遺者又ハ受贈者タルモノニ限ル換言セハ相續人タルト受遺者若クハ受贈者タルト二個ノ資格ヲ兼スルコトヲ要ス

二 算入ノ義務ハ第三者トノ關係ニ非スシテ各共同相續人相互ノ間ニ於ケル關係ニ外ナラス右二個ノ原則ハ共ニ此制度ヲ設ケタル本來ノ趣旨ヨリ當然生スル所ノモノナリ何トナレハ相續人ニシテ同時ニ受遺者若クハ受贈者タル者ニ非サレハ分割ノ公平ヲ保ツカ爲メニ遺贈物ノ返還若クハ其價額ノ算入ヲ要セサルハ自明ノ理ナレハナリ又相續分ノ問題ハ共同相續人間ノ割合ヲ

定ムルニ付テノミ起ルヘキモノナレハ共同相續人相互間ニ非サレハ此制度ヲ必要トセサルコト亦當然ナリトス從テ左ノ結果ヲ生ス

一 受遺者又ハ受贈者カ相續ノ拋棄ヲ爲シタル場合ハ算入ノ義務ヲ免ルルモノトス何トナレハ相續ノ拋棄シタルモノハ相續人ニ非サルヲ以テナリ尙モ受遺者又ハ受贈者ニシテ被相續人ノ遺產ヲ相續スル場合ニハ其單純承認ヲ爲スト限定承認ヲ爲ストハ宅モ之ヲ區別スルノ必要ナシ佛民法第八四五條ニ依レハ相續人ハ假令拋棄ヲ爲ストモ被相續人カ處分シ得ヘキ部分内ノ贈與又ハ遺贈ニ付テノミ返還ノ義務ヲ免ルルニ過キスト然レトモ被相續人カ處分シ得ヘキ範圍ヲ超越シテ爲シタル贈與又ハ遺贈ハ即チ遺留分ヲ害スルモノナルカ故ニ減殺權ノ作用ニ因リ減殺セラルヘキハ當然ニシテ是レ自ラ別問題ニ屬ス

二 他人ニ爲サレタル贈與又ハ遺贈ニ付テハ同シク算入ノ義務ヲ免ルルモノトス故ニ相續人ノ子又ハ配偶者ニ爲サレタル遺贈若クハ贈與ハ相續人ノ算入スルノ義務ナシ何トナレハ此場合ニハ相續人タル資格ト受遺者又ハ受贈者タルノ資格トヲ兼有セサレハナリ然レトモ相續順位ニ非サルモノト雖モ自己ニ相續スルニ至リタルニ當リ若シ被相續人ヨリ贈與若クハ遺贈ヲ受ケタルモノナラシメハ此義務ヲ生スルハ當然ナリトス唯此ノ如キ場合ニ於テハ被相續人ニ於テ其者カ相續人ト爲ルコトヲ豫期シテ爲シタルモノニ非サルヲ以テ別ニ算入ノ義務ヲ負ハシムヘキモノニ非スト論スルヲ至當ナリトスルニ肯タレトモ此場合ト雖モ相續人タルト受贈

者又ハ受遺者ナリトノ二箇ノ資格ヲ兼有スルコトハ明カナル所ナルヲ以テ素ヨリ此義務ヲ免ルヘキモノニ非スト信ス彼ノ代襲相續ノ場合ニ於テ代襲相續人ノ父カ被相續人ヨリ贈與ヲ受ケタル場合ノ如キ多少ノ疑ナキニ非サレトモ代襲相續人ハ被代襲者ノ順位ニ昇リ其權利ヲ行フモノ換言セハ孫カ祖父ノ相續ヲ爲スニ當リテ得ル所ノモノハ即チ其親ノ相續分ニ外ナラサルカ故ニ其親ノ有セシ義務モ亦隨テ負擔セサルヘカラサルナリ隨テ代襲相續人ハ算入ノ義務ヲ免ルヘキモノニ非スト論結セサルヘカラサルカ如シ若シ又代襲相續人自ラ贈與ヲ受ケタルモノナラシメハ其相續分ヲ定ムルニ當リテハ第一〇〇七條ノ適用ヲ免レサルヘキカ

三 算入ノ義務アルコトヲ主張シ之ヲ請求スル者ハ共同相續人ニ止マリ債權者ノ如キ若クハ他ノ受贈者ノ如キ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノト爲ササルヘカラス

算入ノ義務アル贈與ハ婚姻、養子縁組、分家、廢絶家再興ノ爲メ若クハ生計ノ資本トシテ與ヘラレタルモノナルコトヲ要ス其他ノ贈與ニ付テハ被相續人カ特ニ受遺者ヲ利スル爲メニ與ヘラレタルモノト認メテ此義務ヲ負ハシメサルモノトス故ニ例ヘハ婚禮費用ノ如キ又ハ學資金若クハ獎學金トシテ與ヘラレタルモノノ如キハ固ヨリ算入ノ義務ナシ之ニ反シテ遺贈ニ在リテハ其ノ何等ノ名義ニヨリタルト又其原因ノ如何ヲ問ハス常ニ此義務ヲ負フヘキモノトス

共同相續人中被相續人ヨリ遺贈ヲ受ケ又ハ贈與ヲ受ケタル者アルトキハ被相續人カ相續開始ノ時ニ於テ有セシ財産ノ價額ニ其ノ贈與ノ價額ヲ加ヘタルモノヲ以テ相續財産ト看做シ之ニ因リ

ヲ受贈者又ハ受遺者ノ法定又ハ指定ノ相續分ヲ算定スルトキハ或ハ其額遺贈又ハ贈與ノ價額ヨリ少キ場合アルヘク或ハ之ニ超ヘ又ハ相均シキ場合アルヘシ其相續分ノ價額大ナル場合ニ在リテハ其相續分中ヨリ贈與又ハ遺贈ノ價額ヲ控除シ殘額ヲ以テ其者ノ相續分トス(一〇〇七條一項)故ニ例ヘハ被相續人ニ甲、乙、丙ノ三子アリ甲ニハ婚姻ノ際一千圓ノ贈與ヲ爲シ乙ニハ一千圓ノ遺贈ヲ爲シ八千圓ノ財產ヲ遺シテ死亡シタリトセシカ相續分ヲ定ムルニハ此八千圓ニ加フルニ贈與額ノ一千圓ヲ以テシ相續財產ヲ九千圓トシ三子トモニ嫡出子ナリトセハ各、三千圓ヲ以テ各自ノ相續分ト爲スヘキモノナリ然ルニ甲ハ現ニ一千圓ノ贈與ヲ受ケタルモノナレハ其ノ殘額ヲ控除シタル二千圓ヲ以テ其ノ相續分ト爲シ乙ハ一千圓ノ遺贈ヲ受ケヘキモノナルヲ以テ之ヲ控除シタル殘額二千圓ヲ以テ其相續分トスルカ如シ此ノ如クニシテ始メテ受遺者又ハ受贈者ヲシテ現實ニ其受ケル財產ヲ返還スルノ不便ヲ避ケ且他ノ相續人ヲ害スルコトナク公平ニ遺產ヲ分割スルヲ得延イテ被相續人ノ意思ヲモ害スルノ弊ナキヲ得ヘシ但遺贈ハ相續開始ノ當時尙ホ未タ相續財產中ニ存在スルモノナルカ故ニ此ノ價額ヲ算入スルヲ要セサルモノトス相續財產中ニ算入スヘキ贈與ノ價額ニ付テハ贈與當時ノ價額ニ依ルヘキカ將タ相續開始ノ時ニ於ケル價額ニ依ルヘキカハ受贈者ノ利害ノ岐ルル所ナリトス然レトモ此贈與ノ價額ヲ算入スル所以ノモノハ畢竟豫贈物ハ相續開始ノ當時相續財產中ニ實在スルモノト假定スルニ外ナラサルヲ以テ相續開始ノ時ヲ以テ之カ標準トセサルヘカラス換言スレハ豫贈物ノ滅失又ハ價額ノ増減

如何ニ拘ハラヌ相續開始ノ當時尙ホ原狀ニ存スルモノト看做シ之カ價額ヲ定ムヘキモノトス(一〇〇七條)是レ全ク計算ヲ容易ニシテ不公平ノ結果ヲ豫防スルニ外ナラサルモノトス然リト雖モ是レ唯受贈者ノ行爲ニ因リテ贈與財產カ滅失シ又ハ價格ニ増減ヲ來シタル場合ニ於テノミ然ルノミ若シ天災ノ爲ニ其財產滅失シ又ハ價格ニ増減ヲ來シタル場合ノ如キ固ヨリ相續開始ノ當時ニ於ケル狀態ニ從ヒ之ヲ評定スヘキモノナルヘシ從テ其全部滅失ノ場合ノ如キ算入スヘキ價格ナキコトト爲ルヘシ

贈與又ハ遺贈ノ價額カ受贈者又ハ受遺者カ受クヘキ相續分ノ價額ヨリ少キ場合ニ於テハ第一〇七條第一項ノ規定ニ從ヒテ其相續分ヲ定ムルコトハ素ヨリ至當ノ事ニ屬スレトモ實際上往往贈與又ハ遺贈ノ價額ニシテ相續分ヨリ超過シ又ハ之ト相等シキコトアルヘシ此等ノ場合ニ在リテハ受贈者又ハ受遺者ハ相續分ヲ受クルコトヲ得ズ其相等シキ場合ニ在リテハ遺產ノ分割上取テ不公平ヲ生スルコトナケレハ相續分ヲ受クルコトヲ得セシメサルハ固ヨリ相當ナリト雖モ其之ニ超過スル場合ニ於テハ超過額ヲ返還セシムヘキハ至當ナルヘシ然ルニ法律ノ之ヲ敢テセザルハ亦實際上ノ煩累ヲ避ケ被相續人ノ意思ヲ重シタルニ外ナラス蓋シ第三者ニ累ヲ及ボシ且相續人間ニモ更ニ分配問題ヲ生スルカ如キ事ノ宜キヲ得タルモノニ非ス事口其相續人ヲシテ相續分ヲ受クルコトヲ得サラシムルモ被相續人ノ特ニ與ヘタル贈與又ハ遺贈ヲ保有スルコトヲ得セシムルハ被相續人ノ本意ヲ達セシムルニ庶幾カラン故ニ例ヘハ共同相續人三人アリ内一人

ハ三百圓ノ贈與ヲ受ケ他ノ一人ハ二百五十圓ノ遺贈ヲ受ケヘキモノトシ遺產ノ額三百圓ナリトセハ第一項ノ規定ニ從ヒ此三百圓ニ加フルニ贈與額ノ三百圓ヲ以テシ相續財産ハ六百圓ト爲ルヲ以テ各自ノ相續分ハ即チ二百圓ツツト爲ルナリ然ルニ此場合ニ於テハ贈與及ヒ遺贈ノ價額ハ相續分ニ超過スルヲ以テ受贈者又ハ受遺者タル二人ノ相續人ハ其相續分ヲ受タルヲ得シテ一人ノ子ノミ獨リ二百圓ヲ相續スルコトト爲ルヘシ然レトモ此場合ニ於テ遺產額ハ三百圓ニ過キサルヲ以テ遺贈ヲ履行スルトキハ一人ノ子ハ僅ニ五十圓ヲ受タルニ止マルヘキカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ後ニ規定スル所ノ遺留分ノ規定ニ依リテ減殺訴權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ以上説明セル所ハ命令的ノ規定ニ非サルヲ以テ被相續人カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ遺留分ノ規定ニ違反セサル限りハ之ヲ妨クルコトヲ得サルナリ(一〇〇七條三項)

右贈與ノ價額ヲ算入スルコト及ヒ其價額ニ減失増減アルトモ相續開始ノ當時尙ホ原狀ニテ存スルモノト看做シ之ヲ算定スヘキコトハ民法施行以前ニ爲シタル贈與ニモ之ヲ適用スヘキモノトス(施九〇條)

## 第二項相續分ノ取戻 (retail and personal)

茲ニ相續分ノ取戻ト稱スルハ佛語ニ所謂「ルトレー、シユクセツソラール」ト稱スルモノニシテ此規定ヲ設ケタルノ目的ハ要スルニ第三者カ分割ニ參與スルノ結果共同相續人ニ於ケル和熟ヲ

妨クルト祖先傳來ノ財産モ或ハ第三者ノ手中ニ歸スルカ如キ結果ヲ豫防スルニ在リトス

蓋シ共同相續人ハ遺產ノ分割ニ因リテ始メテ特定ノ財産ヲ取得スヘキモノニシテ分割前ニ在リテハ唯相續分ヲ有スルニ過キス而シテ共有者ハ其持分ヲ讓渡シ得ルト同シク共同相續人ハ亦其相續分ヲ處分スルヲ得ヘシ相續人ニシテ自己ノ相續分ヲ讓渡サハ讓受人タル第三者ハ共同相續人中ニ加ハリ此者ニ對シテ尙ホ遺產ノ分割ヲ爲ササルヲ得ス遺產ノ共有ハ兎角ニ紛議ノ媒タルニ加ヘテ第三者ニシテ之ニ加ハルコトアランカ一層紛爭ヲ助長スルノ弊アルヘシ是ニ於テ或ハ共同相續人ノ一人ハ自分ノ相續分ヲ第三者ニ讓渡スコトヲ絕對ニ禁止スルモノアリ或ハ第三者ニ讓渡スコトヲ得トスルモ特ニ其手續ヲ定メ且他ノ共同相續人ノ先買權ヲ認メ之ニ依リテ以テ如ク絕對ニ相續分ノ讓渡ヲ禁スルコトハ人ノ處分權ヲ不當ニ制限スルモノニシテ且實際上ノ事情ヲ顧ミサルノ弊ナキ能ハヌ又後者ニ在リテハ無償ニテ相續分ヲ讓渡サントスル場合ヲ包含セサルモノナルヲ以テ是レ亦權衡ヲ得タルモノト認ムルヲ得ス故ニ我法律ハ一方ニ於テハ共同相續人カ分割前ニ於ケル自己ノ相續分ヲ有償若クハ無償ニテ第三者ニ讓渡スコトヲ禁セサルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ第三者ヲシテ濫ニ共同相續人間ニ加ハルコトナカラシメンカ爲メ一〇〇九條ノ規定ヲ設クルニ至リタリ法律上共同相續人カ此相續分ノ取戻ヲ爲スニハ左ノ諸條件ヲ要ス



第一 共同相續人ノ或者カ相續分ヲ讓渡シタルコトヲ要ス 相續分ノ讓渡ナルトキハ其全部ノ讓渡ナルト一部ノ讓渡ナルトヲ區別スルノ必要ナク取戻權ヲ行使スルヲ得而シテ相續分ト云ヘハ分割前ノモノニ外ナラサルヲ以テ其讓渡タルヤ必ス包括的ノモノナラサルヘカラス隨テ特定ノ物件ヲ讓渡シタル場合ニハ共同相續人ニ讓渡ノ權利ナキモノトス

第二 共同相續人カ分割前ニ第三者ニ讓渡シタルモノナルコトヲ要ス 相續財產ノ分割後ニ於テハ其財產ハ即チ相續人ノ專有ニ歸スルモノナルカ故ニ相續人ハ自由ニ之ヲ處分シ得ヘキハ當然ニシテ法律力之ヲ禁止スルノ理由ナシ遺產ノ分割以前ナル以上ハ相續開始ノ前後ヲ問ハス相續分ヲ讓渡シタル場合ニハ他ノ共同相續人ニ於テ其權利ヲ行使スルヲ得ヘシ或ハ相續ノ開始以前ニ在リテハ相續分未確定ナルカ故ニ讓渡シ得サルカ如クナルモ是レ亦一個ノ財產權ニ外ナラサレハ條件附ノ讓渡ヲ爲シ得サルノ理ナシ又第三者ニ讓渡サレタル場合ニ非サレハ取戻ノ權利ナシトセルハ此制度ヲ設ケタル本來ノ趣旨ニ因リテ之ヲ推知スルニ足ルヘク其他ノ共同相續人ニ讓渡シタルトキノ如キ毫モ此權利ヲ行使セシムルノ必要ナシ苟モ共同相續人ナラサル以上ハ讓受人ハ親族ナリトスルモ尙ホ此權利ヲ對抗セラルヘシ讓受人カ更ニ之ヲ他ノ者ニ讓渡シタルトキ亦同シ

第三 讓渡ヲ爲シタル者以外ノ共同相續人ニ於テ取戻ノ權利ヲ行使スルコトヲ要ス 此點モ亦別ニ説明スルノ必要ナク此制度ヲ設ケタル趣旨ヨリ之ヲ推知スルコトヲ得ヘク讓渡ヲ爲シタ

ル相續人ヲシテ此權利ヲ行使セシメハ其讓渡ノ效力ヲ薄弱ナラシメ且取引ノ安全ヲ保持シ得サルヘケレハナリ唯既ニ共同相續人カ此權利ヲ行使シ得ルモノトセハ讓渡人以外ノ相續人ハ合同シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキカ又ハ單獨ニテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキカ予ハ其何レノ場合タルヲ問ハス此權利ヲ行使スルニ妨ナキモノト信ス而シテ其合同シテ之ヲ爲ス場合ニ於テハ後ニ説明スル所ノ價額及ヒ費用ヲ償還スルニ當リ其負擔方法ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキカ或ハ相續分ノ割合ニ應ジテ之ヲ負擔スヘキカ又ハ分頭ノ負擔ト爲スヘキカハ議論ノ分ルル所ナルヘシ然レトモ予ハ又此場合ニ於テハ分頭ノ負擔ヲ以テ相當ナリト信ス若シ又一人ノ相續人カ單獨ニテ之ヲ爲シ得ルモノトセハ其取戻行為ノ已ニ完結シタル以後ニ於テハ別ニ論スルノ必要ナキモ其未タ結了セザル以前ニ在リテハ共同相續人カ之ニ加ハラントスルヲ拒否スル能ハサルモノトスヘキニ付タリ

第四 取戻ヲ爲スニハ其價額及ヒ費用ヲ償還スルコトヲ要ス 何人ト雖モ不當ニ利得スルコトヲ得サルハ一般ノ原則ナルカ故ニ此原則ノ適用トシテ當然本號ノ條件ヲ必要トスルニ至レルナリ而シテ茲ニ所謂價額トハ取戻ノ當時ニ於ケル實際ノ價額ニシテ讓受人カ無償ニテ讓受ケタルト否ト將タ其價額ノ如何トヲ問フコトヲ要セス

第五 取戻ノ權利ハ一箇月内ニ行使スルコトヲ要ス 取戻權ハ例外權ノ最モ太甚シキモノナレハ此ノ如キ權利ヲ何時ニテモ行使スルヲ得ヘキモノトセハ取引ノ安全ヲ害スルハ勿論讓受人

ノ法律上ノ地位ヲシテ永ク不確定ノ狀態ニ存セシムルノ弊アリ從テ本條件ヲ必要トス而シテ此期間ノ起算點ニ付テハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ讓渡ノ時ヨリ之ヲ起算スヘキモノナラ

之ヲ要スルニ以上説明スル所ノ相續分ノ取戻ハ法律ノ規定ニ依リ共同相續人ニ屬スル一ノ權利ニシテ相續分ヲ讓受ケタル第三者ヲ強要スルモノナリ從テ第三者ノ承諾ノ有無ヲ問ハス共同相續人ハ直チニ此權利ヲ對抗シ得ヘキモノトス加之此相續分ノ取戻ハ第三者ト相續人(取戻ヲ爲シタル)トノ關係ニシテ讓渡人(第三者ニ相續分ヲ讓渡シタル者)ト讓受人(第三者)トノ關係ニ非ス相續分ヲ取戻シタル他ノ共同相續人ハ讓渡人タル共同相續人ヲ代位スルニ至ルモ讓渡人ト讓受人トノ間ニ在リテハ依然トシテ其關係存スルモノナリ換言スレハ他ノ共同相續人ト第三者トノ關係ニ於テハ相續分ノ讓渡ヲ無効トスルモ讓受人ト讓渡人トノ間ニ在リテハ其行爲ヲ無効トスルモノニ非ス隨テ讓渡人ハ讓受人ニ對シテ未タ返濟ヲ受ケサル價額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

### 第三款 遺產ノ分割

遺產相續人數人アルトキハ相續財產ハ其共有ニ屬シ各共同相續人ハ即チ共有者トシテ相續財產ノ上ニ各其相續分ヲ有スルモノトス而シテ相續分ナルモノハ畢竟一ノ割前ニシテ確ノ財產上

ニ專屬ノ權利ヲ認ムルモノニ非ス各共有者ハ權利ノ目的物ヲ分割スルコトナク權利行使ノ範圍ヲ分割シテ之ヲ有スルモノニ外ナラス其目的物ノ分割即チ遺產ノ分割アリテ始メテ各自確ノ財產ニ專屬ノ權利ヲ認ムルコトヲ得ルモノニシテ分割ナルモノハ即チ此共有關係ヲ終了セシムル清算行爲ニ外ナラサルナリ

### 第一項 分割ノ方法

相續財產ノ共有ニ付テハ一般共有ノ規定ヲ適用スヘキハ上述シタル所ニシテ共有物ノ分割ハ共有者ノ協議ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ其協議調ハサル場合ニハ裁判所ニ分割ヲ請求シ得ヘキハ勿論ナリトス故ニ分割ニ協議上ノモノト裁判上ノモノトノ二個ノ區別アリ此一般普通ノ分類ハ相續財產ノ分割ニ關シテモ適用スヘキハ素ヨリ論ヲ俟タサル所ナリトス故ニ法律ハ特ニ相續ニ關シテ之ヲ規定スルノ必要ヲ見ス

分割ノ方法ニ二種ノ區別アリ一ヲ現物ノ分割ト謂ヒ一ヲ價額ノ分割ト謂フ現物ノ分割トハ物ヲ形體的ニ分割スルノ謂ニシテ例ヘハ一町步ノ土地ヲ數筆ニ分割スルカ如シ價額ノ分割ト稱スルハ形體的ノ分割ヲ爲シ得サルトキ又ハ形體的ノ分割ヲ爲シ得サルニ非サルモ之ヲ爲セハ著シク其價額ヲ損スルカ如キトキ其物ヲ賣却シテ依リテ得タル價額ヲ分割スルヲ謂フ此二個ノ方法ハ分割ノ協議上ニ出ツルト裁判上ニ出ツルトヲ問ハス等シク適用セラルル所ナリトス此等ノ方法

ハ又遺產ノ分割ニモ適用セラルヘキハ固ヨリ論ナキ所ナリ  
右ノ如ク分割ノ方法ハ普通二個ノ區別アレトモ尙ホ被相續人ハ遺言ヲ以テ遺產分割ノ方法ヲ指定スルヲ得ヘク又ハ之ヲ定ムルコトヲ第三者ニ委託スルコトヲ得ヘキモノナリ(一〇一條)是レ相續分ノ指定ニ關スル第一〇〇六條ノ規定ト其旨趣ヲ同シスルモノナリ蓋シ被相續人カ各相續人ノ性質目的其他種類ノ事情ヲ知悉シ或者ニハ甲ヲ與ヘ或者ニハ乙ヲ與ヘント欲スルカ如キハ實際ノ必要上自然ニ起ルヘキ所ナリ隨テ法律上斯ル規定ヲ存スルノ要アルヘク殊ニ被相續人ヲシテ此等ノ意思ヲ表示セシムルニハ方式嚴格ニシテ性質上神聖ナルヘキ遺言ニ依ラシムルハ亦機宜ヲ得タルモノト云フヘク苟モ被相續人ニシテ分割ノ方法ヲ定メタル以上ハ相續人ハ之ニ違背スルヲ得サルヘシ

又被相續人ハ遺言ヲ以テ相續開始ノ時ヨリ五年ヲ超ユサル期間内分割ヲ禁スルコトヲ得(一一〇一條)是レ亦被相續人ノ最モ公平ナル判斷ニ一任スル所以ニシテ相續財產ノ性質、狀況又ハ相續人ノ性格、地位等ヲ考量シ相續人間ニ紛爭ヲ生スルカ如キコトナカシムルニ必要トスル所ナリ而シテ被相續人カ分割禁止ノ遺言ヲ爲シタルトキハ相續人ハ之ニ反シテ分割ヲ求メ得ヘキニ非ス若シ又相續人ニシテ分割ノ禁止ヲ必要トセハ第二五六條ノ適用トシテ相互ノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ妨ケス

## 第二項 分割ノ效力

遺產ノ分割ハ相續開始ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス(一一一條)是レ分割ノ效力發生ノ時期ヲ定メタルモノニシテ遺產ノ分割ハ所有權ノ認定的(Definitive)行為ナルコトヲ示スモノナリ

抑、共有ナルモノハ數人共同シテ同一物ノ上ニ總轄の支配關係ヲ有スルヲ謂ヒ數人相互ニ其物ノ一部ヲ有スルニ非サルナリ故ニ各共有者ハ共有物ノ分割以前ニ在リテハ物ノ全部ノ上ニ不分ノ權利ヲ有シ其物ヲ分割シテ而シテ後始メテ各自ノ部分特定セラレ其部分ニ付テ專屬的所有權ヲ得ルニ至ルモノトス故ニ分割ノ性質ヨリシテ之ヲ云ヘハ共有者ノ一人カ得ル所モノハ他ノ一人カ從來其上ニ有セシ權利ヲ拋棄シタルニ因ルモノト謂フヘク自己ノ得ル所ノモノハ其失フ所ノ對價トシテ之ヲ見ルヲ得ヘシ是ニ由テ之ヲ觀レハ分割ハ殆ト賣買交換ニ於ケルカ如ク一方ニ於テ權利ヲ移轉シ他ノ一方ニ於テ之ヲ讓受クルモノト云フヲ得ヘシ學者ハ此意味ニ於テ分割ハ所有權ノ移轉的(付與的)行為ナリト云ヘリ  
之ニ反シテ遺產ノ分割ニ關シテハ全ク右ト反對ノ主義ヲ採用シ各共同相續人カ分割ニ因リテ得タル財產ハ各共同相續人間ニ不分ノ權利ヲ生シタル日即チ相續開始ノ時ニ於テ既ニ各自ノ專屬的所有權ヲ生シタルモノニシテ分割ニ因リテ始メテ所有權ヲ得タルニ非ス分割ハ唯各自ノ專屬的所有權ヲ宣言スルニ逼キサルモノトセルナリ是レ全ク相續人保護ノ爲メニ出テタルモノニシテ



佛國民法第八八三條ノ如キ亦此主義ヲ採用セリ蓋シ分割ヲ以テ所有權ノ移轉のトスルト認定のトスルトキハ其效果上實ニ左ノ如キ差異アルヘシ

第一 分割ヲ以テ移轉のモノトセハ分割前ニ共有者ノ一人カ共有物上ニ設定シタル抵當權又ハ地役權ノ如キハ分割後ト雖モ何等ノ影響ヲ受クルコトナカルヘシ之ニ反シテ所有權ノ認定的ノモノトセハ共有者ノ一人ノ有ト爲リタル財產ニ付テハ他ノ共有者ハ初ヨリ權利アラサリシモノト看做スカ故ニ分割前ニ爲シタル此等ノ行爲ハ無權利者ノ爲シタル行爲トシテ何等ノ效力ヲ發生セス

第二 分割ヲ以テ移轉のモノトセハ各共有者ハ他ノ共有者カ分割ニ因リテ得タル物ニ付キ賣主ト同シキ擔保ノ責任スヘキモノトス二六一條參照之ニ反シ分割ヲ以テ所有權ノ認定的ノモノトセハ他ノ共有者ノ有ニ歸シタル部分ニ付テハ初ヨリ何等ノ權利ナキモノト看做スモノナレハ其部分ニ付テ他ノ共有者ニ對シ何等ノ責任ナキモノトス

右ノ如キ差異アルヨリシテ若シ遺產ノ分割ニ付テ所有權移轉主義ヲ採用セハ如何ナル結果ヲ惹起スヘキカ右第一ノ點ニ付テ之ヲ見ルモ遺產ノ如キ種種ナル財產ヨリ組成セラルルモノニ在リテハ其法律關係一層複雑ト爲ルヘク兎角ニ紛爭ノ媒タルヘキ共有ノ關係ハ遺產ノ共有ニ關シテ愈々其紛爭ヲ助長スルノ原因ト爲リ相續人ノ保護モ十分ナラサルニ至ラン是ニ於テ本法ハ事實ニ反スルモノノ假定ヲ採リ遺產ノ分割ハ何時行ハルルモ各共同相續人カ分割ニ因リテ得タル

財產ハ相續開始ノ時ヨリシテ其者ノ專屬の所有權ノ目的タリシモノト認定シ他ノ相續人ノ得タル部分ニ付テハ何等ノ權利ナカリシモノト看做シ前示ノ如キ結果ヲ來サシムルコトヲ避ケタリ』分割ヲ以テ認定のナリトスル第一〇一二條ノ規定ハ廣ク財產ノ分割ニ付テ適用セラルヘキモノナルヲ以テ如何ナル場合ニ於ケル分割ニ付テモ亦如何ナル財產ナリトモ荷モ遺產中ニ包含セララルモノナラシメハ之ヲ適用スルヲ得ヘシ隨テ彼ノ包括受遺者ト遺產相續人トノ間ニ遺產ノ分割ヲ爲ス場合又ハ共同相續人カ分割禁止ノ契約ヲ爲シタル後期間ノ滿了ニ至リ之ヲ分割スル場合ニモ均シク適用セラルヘシ

### 第三項 擔保ノ義務

遺產ノ分割ハ前述ノ如ク相續開始ノ時ニ週リテ其效力ヲ生シ各共同相續人ノ分割ニ因リテ得タル財產ハ相續開始ノ時ヨリ相續シタルモノト認定セラル隨テ其結果共同相續人間ニハ擔保ノ義務ヲ生スルコトナキモノトセサルヘカラス然レトモ各共同相續人間ニ擔保ノ義務ナシトセハ共同相續人カ分割ニ因リテ得タル財產ヲ自己ノ所爲ニ因ラスシテ第三者ノ爲メニ奪ハレタルカ如同場合ニ於テ其者ハ爲メニ財產ヲ失ヒ他ノ相續人ハ安全ニ其財產ヲ保有スルコトヲ得ルニ至リキ場合ニ於テ結果ヲ生スルニ至ルヘシ斯ル不公平ノ結果ヲ生セシムルコトハ共同相續ノ主義ニ悖戻不公平ノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ斯ル不公平ノ結果ヲ生セシムルコトハ共同相續ノ主義ニ悖戻スルモノナルカ故ニ本法ハ分割ノ效力ヲ認定的ノモノトスルニ拘ラス各共同相續人間ニ擔保ノ

義務アルコトヲ認メタリ畢竟スルニ擔保ノ義務ハ分割ノ主腦タル公平ヲ得セシムルニ存ス  
共同相續人カ擔保ノ責ニ任スル場合ハ債權ト債權以外ノ財産トニ關シ法律ハ其規定ヲ異ニセリ  
先ツ債權以外ノ財産ニ付テ擔保ノ責ニ任スル場合ヲ說述セシニ此場合ニ在リテハ左ノ條件ヲ要  
スルモノトス

第一 相續開始前ヨリ存スル事由ニ基カサルヘカラス 擔保ノ責ニ任セシムルハ分割主義ノ一  
制裁ニ外ナラサレハ公平ヲ保ツノ必要ハ一ニ相續開始ノ時ニ存スルモノト謂ハサルヲ得ス隨  
テ其以後ニ生シタル事由ニ付テハ他ノ共同相續人ヲシテ擔保ノ責ニ任セシムルノ必要ナキハ  
論ヲ俟タサルナリ相續開始後ニ生シタル事由ニ基クモノニ在リテハ其財産ヲ割當テラレタル  
者ニ於テ之ヲ負擔スヘキハ尙ホ分割以後ニ於ケル事由ノ爲メニ其財産ノ價格増加スルモ他ノ  
相續人ヲ利スヘカラサルト同一ナラサルヘカラス蓋シ相續開始前ヨリ存スル事由ニ基クモノ  
ニ在リテハ相續人ニ毫モ過失ノ責ムヘキモノアルニ非ス隨テ他ノ相續人ヲシテ之ヲ分擔セシ  
ムルヲ至當ナリトセサルヘカラス

第二 賣主ト同一ノ責ニ任セサルヘカラス 賣主ハ買主ニ對シ追奪ノ擔保及ヒ瑕疵ノ擔保ニ付  
テ責任ヲ負フヘキモノトス所謂追奪擔保トハ權利ノ全部若クハ一部ヲ讓渡シ得サル場合ニ責  
任ヲ負フモノニシテ所謂瑕疵擔保トハ物ニ隠レタル瑕疵アリタルキ其實ヲ負フヲ謂フ分割  
ノ場合ニ於ケル共同相續人ノ責任モ亦賣主ト同一ナルモノトスルカ故ニ共同相續人ハ一人ノ

相續人カ其相續分タル財産ヲ真正ノ權利者ヨリ回收セラレタルカ如キ場合ニ擔保ノ責ニ任セ  
サルヲ得ス其他尙ホ第五六〇條乃至第五七二條ノ規定ヲ參照スヘシ

第三 擔保ノ義務ハ各自ノ相續分ニ應セサルヘカラス 故ニ共同相續人ノ一人カ自己ニ割當テ  
ラレタル財産ヲ第三者ノ爲メニ追奪セラレタリトセンカ他ノ共同相續人ニ其全部ノ賠償ヲ求  
ムルコトヲ得ス自己モ亦其一部ヲ負擔セサルヘカラサルナリ否ラサレハ分割ノ公平ヲ維持セ  
ンカ爲メニセル擔保ノ責任ハ反テ不公平ヲ醸スニ至ル例ヘハ甲、乙、丙三人ノ相續人アリテ  
甲ハ其受ケタル財産ノ千五百圓ニ相當スルモノヲ追奪セラレタリトシ各自ノ相續分相均シキ  
モノトセハ乙、丙二人ハ各五百圓宛償還ノ責ニ任スヘキカ如シ

債權ニ付テ共同相續人ノ擔保ノ責ニ任スヘキハ分割ノ當時ニ於ケル債務者ノ實力ニ在リトス  
抑、普通債權ノ讓渡ニ付テハ讓渡人ハ債權ノ成立ト其有效ナルコトヲ擔保スルニ過キスシテ特  
約アルニ非サレハ債務者ノ實力マテハ擔保スルノ限ニ在ラス(五六九條)然ルニ相續ノ場合ニ於  
テ債權ノ成立並ニ其有效ナルト併セテ債務者ノ實力マテモ擔保スヘキモノトセルハ一ニ分割ハ  
公平ヲ期スルモノナルカ故ニ普通債權ノ讓渡ヨリ一層超過シタル責任ヲ負ハシムルニ外ナラサ  
ルナリ然レトモ法律ハ決シテ無限ノ責任ヲ負ハシムルニ非ス唯擔保ヲ爲ス時期ニ付テハ分割ノ  
時ニ於ケル債務者ノ實力ニシテ且各自ノ相續分ニ應スヘキモノトセリ(一〇一四條一項)故ニ例  
ヘハ甲、乙、丙ノ共同相續人アリテ甲ハ二千圓ノ不動産ヲ受ケ乙ハ一千五百圓ノ債權ヲ受ケ丙

ハ一千圓ノ動產ヲ受ケタルニ乙ハ債務者ヨリ五百圓ノ辨濟ヲ受ケ其餘ハ債務者無資力ノ爲メニ辨濟ヲ受ケル能ハストセンカ甲ハ五百圓ヲ丙ハ百二十五圓ヲ償還スヘキカ如シ若シ夫レ分割ノ當時債務者ニ資力アリタルニ拘ハラス其債權ヲ割當アラレタル者カ自己ノ意慢其他ノ事由ニ因リテ辨濟ヲ請求セス後日ニ及ヒ債務者カ無資力ト爲ルモ他ノ共同相續人ハ擔保ノ義務ヲ負フコトナカルヘシ之ヲ要スルニ分割ノ當時ニ在リテ債務者ニシテ無資力ナラシメハ直チニ辨濟ノ請求ヲ爲シタルト否トニ拘ハラス他ノ共同相續人ハ此義務ヲ免ルル能ハサルヘシ

右ノ如ク分割ノ當時ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保スヘキモノトスルトキハ若シ債權ノ未タ期限ニ到達セサルモノ或ハ停止條件付ノ債權ノ如ク未タ請求權ノ發生セス隨テ請求得サル場合ニ於テハ債務者ハ何程ノ資力アルヘキヤ豫知シ能ハサルモノニ在リテハ擔保ノ責任ハ何ヲ標準トシテ定ムヘキカニ付テ疑義ヲ生セサルヲ得ス舊民法財產取得篇第四一九條ニハ此ノ如キ場合ニ於ケル規定ヲ存セサリシヲ以テ或ハ請求權ノ生シタル時ノ資力ノ限度ニマテ擔保スヘキモノト論スルモノアリ或ハ又斯ク論決スルハ法律以外ニ法律ヲ作ルモノニシテ不當タルハ勿論ナルカ故ニ分割ノ當時ニ於ケル資力ヲ標準トシテ定ムルヲ相當ナリトスト論スルモノアリ學說一ニ歸セス故ニ新法典ハ此疑義ヲ一定シ共同相續人ハ辨濟ヲ爲スヘキ時ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保ストセリ(一〇一四條二項)蓋シ分割ノ當時ニ於ケル資力ヲ標準トシテ定ムヘシトスルハ何程割引アレハ辨濟ヲ受ケ得ラルルモノナルヤハ見積リ難キニ非ストスルニ由ル然レトモ此ノ如キ

積算即チ評價ハ實際上困難ナルノミナラス分割ノ當時ニ在リテハ資力アリトモ辨濟期日ニ至リ債務者カ無資力ト爲リタルカ如キ場合ニ於テ他ノ共同相續人ハ擔保ノ責任ヲ負ハサルコトト爲リ分割ニ因リテ債權ヲ割當アラレタル相續人ノ利益ヲ保護セントスル立法ノ本旨ヲ全ウスル能ハサルニ至ラン我法律ハ既ニ第五六九條第二項ニ於テ辨濟期ニ至ラサル債權ノ賣主カ債務者ノ將來ノ資力ヲ擔保シタルトキハ辨濟ノ期日ニ於ケル資力ヲ擔保シタルモノト規定セリ隨テ相續ノ場合ニ於テモ亦此例ニ倣ヒ辨濟ヲ爲スヘキ時ニ於ケル資力ヲ擔保ストシタルモノナリ共同相續人ハ以上説明スルカ如ク相互ニ擔保ノ義務ヲ負ヒ各自ノ相續分ニ應ジテ其責ニ任スヘシトスルモ若シ擔保ノ責任ニ任スヘキ相續人ニシテ償還ヲ爲スノ資力ナキモノアルトキハ如何此場合ニ於テハ其償還スルコト能ハサル部分ハ求償者及ヒ他ノ資力アル者各々其相續分ニ應ジテ之ヲ分擔セサルヘカラス故ニ例ヘハ甲、乙、丙三人ノ相續人カ其相續分何レモ平等ニシテ乙、丙兩人ハ各甲ニ對シ百圓ツツノ擔保責任アルモノト假定セン乙ハ之ヲ償還スルノ資力ナシトセハ丙ハ百圓ノ外更ニ五十圓ヲ支出シ以テ甲ノ損失ヲ補ハサルヘカラサルカ如シ是レ全ク分割ノ勉メテ公平ナランコトヲ期スルノ本旨ヨリ出テタルモノニシテ連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者ヲ生シタル場合ニ於ケルト同一ナリトス(四四四條)若シ又求償者ニ過失アルトキハ他ノ共同相續人ニ對シテ分擔ヲ請求スルヲ得ヌ是レ別ニ證明ヲ要セスシテ明カナル所ナリトス

## (一〇一五條)

民法相續

本論 相續ノ種類及ヒ效力 遺產相續 遺產相續ノ效力

共同相續人ノ擔保義務ニ關シ上來説述セル所ハ要スルニ分割ノ公平ヲ維持スルカ爲メ法律カ一ノ準則ヲ示シタルニ過キスシテ固ヨリ命令的ノ性質ヲ帶フルモノニ非サルナリ故ニ法律ハ被相續人カ遺言ヲ以テ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ヲ適用セサル旨ヲ明示セリ(一〇一六條)元來被相續人ハ各共同相續人ノ相續分ヲ隨意ニ指定スルコトヲ得ルモノナレハ(一〇〇六條)其相互ノ擔保責任ニ付テモ隨意ニ之ヲ指定シテ適宜ノ分割ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセルハ蓋シ至當ノ事理ニ屬スト謂フヘキナリ或ハ又被相續人ハ各共同相續人ハ全ク擔保義務ヲ負ハサルモノトスルヲ得ヘク或ハ賣主ノ擔保義務ト異ナラシムルモノニ其任意ナリトセサルヘカラス

#### 第四章 相續ノ承認及ヒ拋棄

##### 第一節 相續人ノ法律上ノ地位

我國從來ノ慣習ニ於テハ相續人ハ被相續人ニ對シテ必ス相續ヲ爲ササルヘカラスルモノニシテ決シテ之ヲ拋棄スルヲ許サズ又相續ヲ爲スニ當リテハ被相續人ノ權利義務ハ無限ニ之ヲ承繼セサルヘカラスシテ決シテ有限ノ責任ヲ以テ相續スルヲ許ササル所ノモノタリ蓋シ族制主義ノ下ニ在リテハ相續ハ財産移轉ノ一方式ト云ハンヨリハ寧ロ家名ノ繼承ニ重キヲ置クヘキモノニシテ相續ヲ爲スハ相續人タルヘキ者ノ義務ニ屬スト謂フヲ得ヘク相續ハ純然タル私法的事項ニ非サルナリ然レトモ今日所謂相續ハ家督相續ト遺産相續トニ論ナク相續ノ開始ト共ニ其效力生ス

ルモ被相續人ノ權利義務ノ如何ニ因リ相續人ニ利害ノ關係ヲ及ホスコト極メテ大ナレハ一面人ノ死後ニ於ケル財産處分ノ方法ヲ盡スト共ニ一面相續人ノ利害ヲ慮ラサルヘカラス故ニ絶對的ニ必ス相續セサルヘカラストシ又ハ無限ニ先人ノ義務ヲ承繼スヘシトスルハ個人主義ノ觀念ヨリシテ適正ナリト認メ難シ是ニ於テ乎新法典ハ之ヲ從來ノ慣習ニ鑑ミ又歐米諸國ニ於ケル相續ノ制ニ參照シ相續ノ承認及ヒ拋棄ニ關スル規定ヲ設ケ且承認ニ限定ノモノト單純ノモノトノ二種アルコトヲ公認シ以テ相續人ノ法律上ノ地位ヲ鞏固ナラシメタリ

相續ノ承認トハ相續人カ自己ノ爲メニ開始セル相續ニ付キ之ヲ確認スルノ單獨行為ヲ謂フ所謂單純ノ承認トハ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ繼承スルヲ謂ヒ(一〇二三條)所謂限定ノ承認トハ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキコトヲ留保シテ承認スルモノ即チ有限責任ノ相續ヲ謂フ(一〇二五條)而シテ相續ノ拋棄ト稱スルハ相續人カ自己ノ爲メニ開始セル相續ヲ否認スルノ單獨行為ヲ謂フナリ蓋シ新法典ノ主義トシテ何人ト雖モ相續スヘキコトヲ強制セラルルコトナキヲ通則トスルモノナレハ相續人タルヘキ者カ相續開始ノ場合ニ於テ探ルヘキ方法ニ三個ノ途アリト云フヘシ即チ

##### 第一 單純ノ承認

##### 第二 限定ノ承認

##### 第三 拋棄

是ナリ此ノ如ク三個ノ方法中其一ヲ擇フノ自由ハ一ニ相續人タルヘキ者ノ任意ニ在リト雖モ或格別ナル事情ノ存スル場合ニ於テハ法律ハ此自由ヲ與ヘス即チ左ノ如シ

第一 第一種ノ法定家督相續人ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ス(一〇二〇條)

第二 隱居家督相續人ハ限定ノ承認ヲ爲スコトヲ得ス(七五〇條)

第一種ノ法定家督相續人ヲシテ相續ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得サシメタルハ全ク社交上道德上ノ觀察ヨリ來ルモノニシテ之ヲ許スハ亦舊來ノ習慣ヲ破ルノ最モ太甚シキモノナルカ故ニミ換言スレハ被相續人ノ直系卑屬タル子又ハ孫ニシテ其親ノ相續ヲ爲スヲ好マスト云フカ如キハ不孝ノ最モ太甚シキモノニシテ法律ハ決シテ斯ル不德義ノ行爲ヲ認許スルヲ得サルノミナラス家ヲ重シスルノ觀念ト相容レサルモノナレハナリ又隱居家督相續人ハ第七五〇條ノ場合ニ於テ限定承認ヲ爲スコトヲ得サルハ隱居ニ伴フ弊害ヲ豫防スルノ精神ニ出テタルハ勿論ナルモ戸主退隱ノ場合ニ於テハ被相續人及ヒ相續人間ニ於テ適宜事ヲ處理スルノ機會ヲ有スルカ故ニ法律上別ニ相續人ニ選擇ノ自由ヲ與フルノ要ナキニ由ル但隱居家督相續人ニ付テモ第七五三條、七五五條ノ場合ハ此限ニ在ラス

又第一種ノ法定家督相續人ハ限定承認ヲ爲スコトヲ得ストノ說アリト聞ク是レ蓋シ從來ノ慣例ニ準據シ新法典カ特ニ之ヲ許シタルノ形跡ナキニ因ルモノナルヘシト雖モ相續人ハ本來前示三箇ノ方法ニ付テ其一ヲ選フノ自由ヲ有スルモノニシテ唯法律ニ例外的規定ノ存スル場合ニ於テ

ノミ其自由ヲ制限セラルルニ過キス隨テ第一種ノ法定家督相續人ニ付テモ限定承認ヲ爲スコトヲ得ストノ規定ナキ以上ハ相續ノ承認ニ關シテハ法律上何等ノ制限ナキモノト謂ハサルヘカラス

第一 承認及ヒ拋棄ニ共通ナル要件

一 相續ノ開始アリタルコトヲ要ス 相續ノ開始前ニ於テ豫メ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ許スヘカラサルハ深ク辯明ノ要ナシ唯第七五二條ニ因ル隱居家督相續人ハ豫メ單純承認ノ意思ヲ表示セサルヘカラス是レ法律ノ特例ヤスル所ナリ

二 自己ノ爲メニ相續ノ開始シタルコトヲ要ス 是レ亦別ニ説明ヲ要セス他人ノ爲メニ開始シタル相續ニ付テハ承認又ハ拋棄ヲ爲スモ何等ノ效ナキナリ換言スレハ法定ノ順位ニ在ル者カ承認又ハ拋棄ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ假令相續ノ開始アリトスルモ先順位者ノ存スルニ拘ハラズ次順位ノ者カ自己ノ意思ヲ表示ストモ何等ノ益ナシ

三 承認及ヒ拋棄ハ之ヲ取消スコトヲ得ス 承認及ヒ拋棄ハ相續人ノ選擇ニ在リト雖モ一旦爲シタル承認又ハ拋棄ノ取消ヲ爲スハ既ニ爲シタル選擇ヲ再スルニ外ナラス之カ爲メニ他ニ及ホスヘキ利害ノ影響大ナルモノアルカ故ニ法律ハ決シテ此ノ如キ再三再四ノ選擇ヲ認容スルモノニ非ス但法律ノ規定ニ從ヒ之ヲ取消シ得ル場合ナキニ非サルモ是レ畢竟スルニ

例外ニ外ナラス尙ホ後ニ至リ之ヲ説述スヘシ

四 承認及ヒ拋棄ハ相續ノ全部ニ付テ爲ササルヘカラス 是レ亦別ニ説明ヲ要セス一部ノ承



認又ハ拋棄ハ決シテ相續ノ本旨ニ適合スルモノニ非サルナリ

五 承認及ヒ拋棄ハ條件附又ハ期限附ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ス 此點モ別ニ説明ヲ要セスシテ明カナルヘシ唯彼ノ限定承認ハ單ニ債務及ヒ遺贈ノ辨濟ノ制限アルニ止マリ之ヲ以テ條件附ノ承認ト目スヘキモノニ非ス

六 承認及ヒ拋棄ハ一定ノ期間内ニ爲ササルヘカラス 即チ第一〇一七條ニ規定スルカ如ク三個月内ニ爲スコトヲ要スルモノトス勿論此期間ハ後ニ至リ説明スルカ如ク裁判上伸長セラルルコトアリ又期間ノ計算ニ付テモ場合ニ依リ其起算點ヲ異ニスルモノトス

承認及ヒ拋棄ハ其ニ一定ノ期間内ニ爲スヘキモノナリト雖モ相續ノ承認ハ決シテ相續權取得ノ停止條件ニ非ス又相續ノ拋棄ハ決シテ解除條件ニ非サルナリ相續人ハ相續ノ開始ニ因リ當然先人ノ權利義務ヲ承繼ハスヘキモノニシテ承認ハ即チ相續權アル者ヲシテ確定ノ相續人タラシメ拋棄ハ即チ確的ニ相續人タルコトヲ否定セシムルモノニ外ナラサルナリ之ヲ要スルニ相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲ササル以前ニ在リテハ相續人未確定ノ場合ニ外ナラス隨テ相續財產ノ歸屬亦未タ確的ニ一定セリトスル能ハサルナリ

## 第二 承認及ヒ拋棄ノ期間

抑、相續人ハ承認又ハ拋棄ヲ爲スニ付キ選擇ノ自由ヲ有スト雖モ何時ニテモ此意思ヲ表示シ得ヘシトセハ相續ノ確定ヲ妨ケ利害ノ關係スル所大ナルモノアルヘシ殊ニ相續人ハ相續財產

ノ貸方借方ヲ調査スルニ非サレハ容易ニ自己ノ意思ヲ決定スルニ由ナカルヘシ是レ即チ法律カ承認又ハ拋棄ヲ爲スニ三箇月ノ期間ヲ設クル所以ナリ(一〇一七條)之ヲ名ケテ法定ノ期間ト謂フ面シテ此期間ハ相續人カ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ起算スヘキモノトス是レ全ク相續人ヲシテ勘考ノ猶豫ヲ與ヘタルモノニシテ自己カ相續人タルコトヲ覺知セス又ハ相續ノ開始アリタルコトヲ知ラサル間ニ期限満了シ其相續人ノ權利確定スルモノトセハ期間ヲ設ケタルノ趣旨ヲ沒了スルニ至ルヘケレハナリ

右ノ如ク法定期間ハ相續人カ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ起算スヘキモノトスルモ相續財產ノ額大ナル場合若クハ相續人カ海外ニ在ルカ如キ事情ノ存スル場合ニ於テハ到底此時ヨリ以テ決意ヲ爲スニ充分ナルコトヲ得サルヘシ故ニ是等ノ事情アル場合ニ於テハ法律ハ利害關係人又ハ檢事ヨリ期間ノ伸長ヲ裁判所ニ請求スルヲ得ヘシトセリ此期間ヲ名ケテ裁判上ノ伸張期間ト謂フ爰ニ利害關係人ト謂フハ相續人ハ勿論相續債權者又ハ受遺者ヲ謂フ何トナレハ是等ノ者ハ何レモ承認又ハ拋棄ニ因リ直接ノ影響ヲ受クル者ナレハナリ又檢事ヲ此中ニ入レタルハ檢事ハ公益ノ代表者ト看做スヘキモノナルカ故ナリ而シテ此期間ノ伸長ヲ爲スヘキ裁判所ハ相續開始地ニ於ケル區裁判所ニシテ(非訟一〇三條)此申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(非訟一〇六條)

相續人カ相續財產ヲ調査シ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキハ右ノ如ク自己ノ爲メニ相續ノ開始アリ



タルコトヲ知リタルトキヨリ起算シテ三箇月内ニ於テスヘキモノナレトモ左ノ場合ニ於テハ例外ヲ見ル

一 相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキハ其者ノ相續人カ自己ノ爲メニ相續開始アリタルコトヲ知リタルトキヨリ期間ヲ算定ス

相續人カ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルトキヨリ三箇月内ニ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキハ其者ノ相續人ニ於テ相續スヘキモノナレトモ其相續人ノ相續人ハ自己固有ノ相續權ニ因リ相續スルモノニシテ決シテ前人ノ相續權ヲ代ハリ行フモノニ非ス故ニ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタルトキヨリ三箇月ノ期間ヲ起算セシメサルヘカラス勿論此ノ場合ニ於テハ前後二個ノ相續開始シタルモノト謂ヒ得ヘク前ノ相續ニ付テハ相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルモノナレハ其權利ハ當然其者ノ相續人ニ移轉スヘシ而シテ其相續人ハ恰モ死亡者ノ如ク前相續ヲ承認又ハ拋棄スルコトヲ得ヘク直接ニ死亡者ノ相續ヲ爲スニヨリ前ノ相續ヲモ相續シ得ルニ至ルヘキナリ唯夫レ特別ノ明文ナクシテ前相續ノ承認又ハ拋棄ハ死亡者カ有セシ期間内ニ於テスヘキモノナルカノ疑ナクシテハアラサルカ故ニ法律ハ茲ニ第一〇一八條ノ規定ヲ設ケ其相續人カ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタルトキヨリ前條ノ期間ヲ起算スヘキモノトセザルナリ

右ノ場合ハ學者ノ所謂移轉ニ因ル相續 (Succession par transmission) ト稱スルモノニシテ彼

ノ代襲相續ト似テ非ナルモノナリ蓋シ代襲相續ハ被代襲者カ相續開始前ニ死亡シタル場合ニ生スルモ右ノ場合ハ相續人カ相續開始後承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキニ生スル代襲相續ノ場合ニハ一個ノ相續開始シタルニ過キサレトモ此ノ場合ハ二個ノ相續開始シタルモノナリ隨テ承認及ヒ拋棄ハ二個ノ相續ニ對シ各別ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ其他兩者ノ間多少ノ差異アルコトハ之ヲ類推スルニ難カラサルヘシ故テ今一一之ヲ贅セス

二 相續人カ無能力者ナルトキハ其法定代理人カ無能力者ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタルトキヨリ起算ス

相續ノ承認及ヒ拋棄ハ一ノ法律行為ナルヲ以テ無能力者ハ完全ニ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ無能力者ニ代ハリテ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキ法定代理人カ相續ノ開始ヲ知リタルトキヨリ之ヲ算定セシメサルヘカラス(一〇一九條)

### 第三 相續財産ノ管理

承認ハ相續人ヲシテ確定ナラシムルモ其以前ニ在リテハ未タ確定ノ相續人ト謂フヘカラス拋棄モ亦同シク相續人ヲシテ確定ノ否定セシムルモノトス第一種ノ法定家督相續人ハ拋棄ヲ爲スヲ得サルモ限定ノ承認ヲ爲スニ妨ナシ故ニ第一〇〇七條ニ規定スル期間ノ滿了以前ニ在リテハ相續人ハ相續財産ニ對シ未タ確定ノ權利ヲ有スルモノト云フヲ得ス然リト雖モ相續財産ハ一應相續人ノ財産ナリト看做スモ敢テ失當ナリト云フヘキニ非サルカ故ニ法律ハ相續人ニ

對シ其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ管理スルコトヲ要ストセリ換言スレハ承認又ハ拋棄ノ意思決定以前ニ在リテハ相續人ハ相續財産ノ管理人ト同一視スヘキナリ否ラサレハ相續債權者又ハ受遺者ニ對シ利害ノ及ホス所尠少ニ非サルナリ而シテ相續人ノ負フヘキ管理ノ責任ハ自己ノ固有財産ニ於ケルト同一ノ程度ニ在ルヘキモノニシテ法律ハ決シテ其以上ノ責任ヲ負ハシムルモノニ非ス(一〇二條一項)

此ノ如ク相續人ヲシテ管理ノ責ヲ負ハシムルモ相續人カ遠隔ノ地ニ在リテ自ラ管理スル能ハサルカ如キ場合ニ於テハ裁判所ハ(相續開始地ノ區裁判所)利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ何時ニテモ保存處分ヲ命スルコトヲ得ヘク(一〇二條二項)之カ爲メニ裁判所カ管理人ヲ選任シタルトキハ第二七條乃至第二九條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス(一〇二條三項)即チ不在者ノ財産管理ニ於ケルト同一ノ責ヲ盡サシムルモノナリ其詳細ハ先ニ第九七八條ノ下ニ詳説シタルヲ以テ就テ參照スヘシ

#### 第四 承認及ヒ拋棄ノ取消

承認及ヒ拋棄ハ其性質上取消ヲ許スヘキモノニ非サルコトハ既ニ前述シタル所ナリ然レトモ此二者ハ其ニ單獨行爲ナルカ故ニ自由ニ取消スコトヲ得ルモノナルヤノ疑ヲ生シ易キヲ以テ法律ハ特ニ第一〇二條第一項ニ於テ之ヲ取消ス能ハサル旨ヲ明示セリ既ニ之ヲ取消スコトヲ得ストセハ假令次ノ順位ニ在ル者カ相續ヲ承認スヘキコトヲ承諾スルト又相續人欠缺ノ場

合ニ於ケルト區別スルヲ要セサルナリ

然リト雖モ承認及ヒ拋棄ハ必スシモ絶對的ニ取消スコトヲ得サル非ニ第一編及ヒ第四編ノ規定ニ依リテハ之カ取消ヲ爲スニ妨ナシトス今其二三ノ例ヲ示サハ即チ左ノ如シ

一 未成年者カ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルトキ(四條)

二 禁治產者カ後見人ノ同意ヲ得スシテ之ヲ爲シタルトキ(九條)

三 準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得スシテ之ヲ爲シタルトキ(一二條)

四 妻カ夫ノ許可ヲ受ケスシテ之ヲ爲シタルトキ(一四條)

五 詐欺又ハ強迫ニ因リテ之ヲ爲シタルトキ(九六條一項)

六 親權ヲ行フ母カ親族會ノ同意ヲ得スシテ子カ相續ノ拋棄ヲ爲スニ同意シタルトキ(八八條八七條)

六條八七條)

七 後見人カ親族會ノ同意ヲ得スシテ被後見人ニ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ同意シタルトキ(九二九條)

ルトキ(九二九條)

其他尙ホ第八條、第二二〇條乃至第二二六條、第九三〇條、第九三六條等ノ規定ニ違反シタル場合ニ於テハ法律上之ヲ取消スコトヲ得ヘシ要スルニ是等ノ各場合ニ於テハ意思表示ニ瑕疵アリ又ハ法定代理人カ權限ヲ超エテ同意ヲ與ヘタル者ナルカ故ニ通則ニ從ヒ之カ取消ヲ許ササルヘカラス唯第一〇二條第一項ノ規定ノミナルトキハ或ハ是等ノ場合ニモ尙ホ取消ヲ

爲スコトヲ得サルヤヲ疑ハシムルヲ以テ特ニ之ヲ明示スルニ至レルモノトス而シテ此場合ニ於テ取消權ヲ行使スルノ期間ハ(一)追認ヲ爲スコトヲ得ルトキヨリ六箇月(二)承認又ハ拋棄ノ時ヨリ十年以内ニ在リテ若シ此期間ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅スルモノトス即チ法律ハ相續人ノ未確定ナル狀態ノ永ク繼續スルコトヲ欲セサルニ因ルモノナリ

## 第二節 承認

### 第一款 單純承認

單純承認トハ前述スルカ如ク無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承認スルヲ謂フナリ故ニ單純承認ハ我國舊來ノ慣例ヲ襲ヒタルモノニシテ苟モ單純ノ承認ヲ爲スニ於テハ相續ノ拋棄ハ勿論限定承認ヲモ爲スヲ得サシムルモノトス

單純承認ハ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルモノナレハ其當然ノ結果トシテ相續財産ノ借方カ貸方ニ超過スル場合即チ相續財産ヲ以テ總テノ債務ヲ辨済スルニ足ラサルトキハ相續人ハ自己固有ノ財産ヲ以テ之カ辨済ヲ爲ササルヘカラサルコト爲ル何トナレハ單純承認ハ相續財産ト相續人ノ固有財産トヲ混同セシムルモノナルヲ以テナリ是レ實ニ單純承認ト限定承認ト異ナル唯一ノ差異ナリトス

單純承認ハ如何ナル方法ニ依リテ之ヲ爲スヘキカ承認ハ元ト相續人ノ單獨行爲ニシテ意思表示

ヲ要スルハ敢テ一般普通ノ法律行爲ト異ナル所ナクシテ其意思ノ明示ナルト默示ナルトハ敢テ之ヲ區別スルノ必要ナク又其他ニ何等ノ方式ヲ要スルモノニ非サルナリ(限定承認ト拋棄トハ特別ノ方式ヲ要スルコト後ニ説明スルカ如シ)

明示ニテ單純ノ承認ヲ爲ストハ文字上既ニ明カナルカ如ク書面又ハ口頭ヲ以テ單純ノ承認ヲ爲スノ意思ヲ示スヲ謂フ之ニ反シ相續人ノ或行爲ヨリシテ單純承認ヲ爲スノ意思アリシモノト推測シ得ヘキモノヲ名ケテ默示ニ因ル單純ノ承認ト謂フ然ラハ相續人ニ如何ナル行爲アレハ之ヲ推測スルニ足ルヘキカ人ノ行爲ハ千態萬狀極マリナキモノニシテ初ヨリ一定スルハ難シト雖モ我法律ハ左ノ三個ノ場合ニ於テハ相續人ハ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スト云ヘリ(一〇二四條)

第一 相續人カ相續財産ノ全部又ハ一部ヲ處分シタルトキ

相續人カ相續財産ノ一個又ハ數個ニ付キ他人ノ爲メニ所有權ヲ讓渡シ又ハ質權抵當權其他ノ物權ヲ設定スルカ如キハ相續財産ノ處分タルコト論ラ俟タス相續人カ相續財産ニ對シ此ノ如キ行爲ヲ爲スハ自己ノ所有物ナリトスルニ非サレハ爲シ得ヘキ所ニ非ス所有者ニ非サレハ爲シ能ハサルカ如キ行爲ヲ爲サハ是レ即チ自ラ相續人タルノ意思ヲ表示シタルニ同シキモノナレハ此ノ如キ場合ニハ單純承認ヲ爲セリト看做スヘキハ相當ナリトス而シテ爰ニハ單ニ全部又ハ一部ヲ處分シタルトキトアルカ故ニ苟モ處分行爲アルニ於テハ其財産ノ多少ハ敢テ之ヲ

間フノ必要ナキモノト知ルヘク又處分ノ目的ノ如何ヲ區別セサルモノト知ルヘキナリ  
右ノ如ク相續財産ニ對スル處分行爲アルトキハ單純承認ヲ爲シタル者ト看做スヘキモ保存行  
爲又ハ第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル貸貸ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ直チニ單純承認  
ヲ爲シタルモノト看做ササルナリ蓋シ保存行爲ノ如キ又第六〇二條ノ規定ノ如キハ管理人カ  
其管理ニ係ル財産ヲ管理人ノ職分内トシテ當然貸貸シ得ヘキ場合ノ制限ヲ定メタルモノナレ  
ハ相續人ト雖モ第一〇二一條ニ規定スルカ如ク相續財産管理ノ責任アルモノナルカ故ニ是等  
ノ行爲ハ當然爲スヲ得ヘキ所ノモノトナリ隨テ是等ノ行爲アル場合ニ當リテハ勢ヒ前示ノ推測  
ヲ下シ得ヘキニ非サルハ論ナシ

### 第二 相續人カ第一〇一七條第一項ノ期間内ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲サザリシトキ

單純承認ハ從來ノ慣例ヲ襲用シタルモノニシテ相續ノ本則トモ謂フヘク法律ハ唯或場合ニ於  
テ相續人ノ利益ヲ保護センカ爲メニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ許スニ過キス限定承認及  
ヒ拋棄ハ例外ナリ隨テ法律上特別ナル方式ノ下ニ其意思表示ヲ爲スヲ要ス即チ第一〇一七條  
ニ規定セル三箇月ノ期間及ヒ裁判上ノ伸長期間内ニ之ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ若シ此期間  
内ニ此方式ヲ履行セザルトキハ相續ノ本則ニ依ルモノト看做スハ敢テ失當ナリト謂フヘカラ  
ス(一〇二六條一〇三八條)是レニ相續人タル者ノ地位ヲシテ永ク不確定ノ狀態ニ存セシ  
メサランコトヲ欲スルニ因ル

### 第三 相續人カ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ト雖モ相續財産ノ全部若クハ一部ヲ隱匿シ私ニ 之ヲ消費シ又ハ惡意ヲ以テ之ヲ財産目録中ニ記載セザリシトキ

此場合ニ於テ法律カ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スハ前二號ノ場合ト異ニシテ相續人ニ單  
純承認ヲ爲スノ意思アルモノト推測スルニ非スシテ相續人ニ不正ノ行爲アルヲ以テ民事上ノ  
制裁トシテ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スニ外ナラス元來限定ノ承認又ハ拋棄ハ相續人ヲ  
シテ不測ノ損害ヲ被ムルコトアルヘキ危險ヲ免レシムル爲メニ法律ノ與フル恩惠ニ過キス故  
ニ其恩惠ヲ與フルニ足ルヘキ價值アル者ニ非サレハ之ヲ付與スヘキニ非ス然ルニ本號ニ掲ク  
ルカ如キ行爲アル者ハ果シテ法律ノ恩惠ヲ與フルニ足ルヘキ者ナルカ斯ル相續人ニ對シテハ  
決シテ法律上ノ恩惠ヲ與フルニ足ラサルノミナラス法律ハ毫モ其利益ヲ企圖スルヲ要セザル  
モノタリ是レ實ニ法律カ本號ノ規定ヲ設ケタル所以ナリトス而シテ斯ニ所謂隱匿トハ他人ノ  
知ラサル間ニ財産ヲ埋藏スルヲ謂ヒ消費トハ之ヲ消耗スルヲ謂フ例ヘハ相續財産ヲ自己ノ倉  
庫ニ埋藏スルカ如キハ隱匿ニシテ相續財産中ノ或物ヲ以テ自己ノ債務ノ辨濟ヲ爲スカ如キハ  
即チ消費ナリトス又茲ニ所謂惡意ヲ以テ財産目録ニ記載セスト稱スルハ故意ニ被相續人ノ財  
産ヲ脫漏スルヲ謂フナリ之ヲ要スルニ是等ノ所爲タル其方法各異ナルモ何レモ不正ニ相續財  
産ヲ自己ノ物トスルニ在リ故ニ之カ制裁トシテ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スヲ相當ナリ  
トス但之カ爲メ民法上及ヒ刑法上他ノ制裁ヲ加フルコトヲ妨ケス

右ニ掲クル行爲ハ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキ期間内ニ於テ爲シタル場合ニ於テハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ一旦限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル以後ニ於テ是等ノ行爲アリタルトキハ特別ノ明文ナクンハ假令是等ノ行爲アルモ單純承認ノ效果ヲ生セシムルコト能ハサルニ至ル故ヲ以テ法律ハ特ニ「限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ト雖モ」トノ數文字ヲ加ヘ以テ其意ヲ明カニセリ

相續人タル者ニ前述スルカ如キ不正ノ行爲アリトモ其次ノ順位ニ在ル相續人カ拋棄シタル先順位者ノ後ヲ承ケ承諾ヲ爲シタル場合ニハ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スノ要ナシ何トナレハ此場合ニ於テ相續財産ハ既ニ次ノ順位ニ在ル者ノ有ニ歸スヘキモノナレハ通常ノ不法行爲ト爲ルカ故ニ敢テ前示ノ推測ヲ下ササルモ相續人タル者ヲ保護スルノ途ニ於テ缺クル所ナケレハナリ又此但書ノ規定ハ限定承認ヲ爲シタル者ニ是等ノ行爲アリタル場合ニ適用ヲ生セサルハ論ヲ俟タサル所ニシテ拋棄者ニノミ限ルヘキモノタリ

以上第一乃至第三ノ場合ハ假令相續人カ單純承認ヲ爲スノ意思アラサルコトノ明カナルトキト雖モ法律ハ尙ホ單純承認ヲ爲シタルモノト看做ス其他ノ場合ニ於テハ一ノ事實問題トシテ事實承審官ノ判定ニ待タサルヘカラス

## 第二款 限定承認

限定承認ハ前述スルカ如ク有限責任ヲ以テ被相續人ノ義務ヲ承繼スルヲ謂フ換言スレハ財産上ノ制限ヲ設ケテ相續スルモノナリ第一〇二五條ニ相續人ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキコトヲ留保シテ承認ヲ爲スコトヲ得タル亦此義ニ外ナラサルナリ抑、限定承認ハ相續ヲ爲スノ一方法ナリト雖モ從來ノ慣習ニ依レハ此ノ如キ方法ニ依ルヲ許サス假令相續財産ハ僅少ニシテ負債反テ多額ナルモ相續人ハ無限ノ責任即チ單純ノ承認ヲ爲ササルヘカラサリキ然ルニ限定承認ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テ義務ヲ負フニ過キササルカ故ニ例ヘハ相續財産ハ僅ニ百圓ニ過キササルニ負債ノ額千圓若クハ二千圓アリトスルモ百圓ノ限度ニ於テノミ辨濟ノ責ヲ負フニ過キササルナリ是レ即チ單純承認ト限定承認トノ差異アル點ニシテ其他被相續人ノ權利例ヘハ家督相續ノ場合ニ於ケル戸主タルノ地位ヲ繼承スルカ如キハ敢テ單純ノ承認ヲ爲スト限定ノ承認ヲ爲ストニ從テ差異アルヘキニ非サルナリ限定承認ヲ爲シ得ル者ハ何人ナリヤ原則トシテハ何人モ之ヲ爲シ得ルノ權利アリト謂ハサルヲ得蓋シ相續ノ方法ニ單純ト限定トノ二者ヲ設ケタルハ畢竟相續人ノ利益ノ爲メナリトセハ彼ニ許シ此ニ許ササルカ如キ不公平アルヘキニ非ス唯或必要ノ場合ニ於テノミ之カ禁止ヲ爲シ得ヘキモノトセサルヲ得ス故ニ何人ト雖モ原則トシテハ限定ノ承認ヲ爲シ得ヘク例外ノ場合ニ於テノミ之ヲ爲シ得サルモノトセルハ至當ノ事理ニ屬ス

限定承認ハ何人カ爲シ得サルカ曰ク一旦單純承認ヲ爲シタル者一旦相續ノ拋棄ヲ爲シタル者及



ヒ隱居、家督相續人(七五二條)ナリトス單純承認ヲ爲シタル者カ限定ノ承認ヲ爲スヲ得サルハ單純ノ原則ニシテ限定ハ例外ナルカ故ニ原則ニ因リタル者カ例外ニ依ルコト能ハサルハ當然ナレハナリ拋棄ヲ爲シタル者カ限定ノ承認ヲ爲スヲ得サルモ亦之ト同一理ニ出ツ而シテ第七五二條ノ場合ニ於ケル隱居、家督相續人カ限定ノ承認ヲ爲スヲ得サルハ前述セル所ナルヲ以テ重ネテ贅セス

### 第一項 限定承認ノ方式

限定承認ヲ爲サントスルニハ第一〇一七條ニ規定セル法定ノ期間又ハ裁判上ノ伸長期間内ニ財産目録ヲ調製シ之ヲ相續開始地ノ區裁判所ニ提出シ限定承認ヲ爲スノ意思ヲ申述スルコトヲ要ス(一〇二六條)故ニ限定承認ニハ左ノ二方式ヲ要スルモノト知ルヘシ

第一 裁判所ニ限定承認ヲ爲ス旨ヲ申述スルコト

第二 財産目録ヲ調製シ之ヲ裁判所ニ提出スルコト

限定承認ハ本則ニ對シ例外ヲ爲スモノナレハ例外ノ場合ニ在ラントスルニハ特ニ其意思ヲ表明セサルヘカサルノミナラス裁判外ニ於ケル意思表示ハ往往誤謬ヲ來シ時ニ紛争ノ媒介タルヲ以テ右第一ノ條件ヲ必要トスルニ至レリ其手續ニ付テハ非訟事件手續法第一〇四條乃至第一〇六條ノ規定ヲ參照スヘシ又第二ノ方式ヲ要スル所以ノモノハ相續財産ノ實額ヲ明カニシ相續債

權者又ハ受遺者ヲシテ幾何ノ辨濟ヲ受クヘキカラ知ルヲ得セシメ併セテ自己カ相續スヘキ割合ヲモ明確ナラシムルノ要アルヲ以テナリ

右ノ方式ヲ履行シタル後ニ於テハ相續人ノ權利ハ單純承認ヲ爲シタル相續人ト異ナル所ナク唯義務ノ負擔ニ付テノミ限定セラルル所アルノミ即チ限定承認ノ效力トシテ相續財産ノ限度ニ於テ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルノ義務アリ而シテ此場合ニ於テ相續財産ト相續人ノ固有財産トヲ混同セシムルトキハ相續財産ノ實額ヲ判明ナラシムルヲ得ス殊ニ相續人ハ自己ノ固有財産ヲ以テ被相續人ノ義務ヲ辨濟スルノ義務ナキモノナレハ混同ノ原則ヲ此場合ニ適用セシムヘキニ非ス故ニ法律ハ相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキハ其被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セサリシモノト看做スト規定セリ(一〇二七條)是ニ由テ之ヲ觀レハ限定承認者ハ被相續人ニ對シ權利ヲ有スルトキハ他ノ債權者ト同シク相續財産中ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘク義務ヲ負フトキハ之ヲ辨濟セサルヘカサルナリ蓋シ混同ニ因リ權利義務ノ消滅スヘキハ通則トスル所ニシテ相續財産ハ結局相續人ノ有ト爲ルヘキモノナレハ此通則ノ適用ヲ受クヘキハ勿論ナルトモ限定承認ハ全ク例外的ノモノナルヲ以テ法律ハ斯ニ此例外例ヲ設ケタルモノトス相續財産ノ管理、限定承認者カ相續財産ノ管理ヲ繼續スルコトヲ要スルハ(一〇二八條)限定承認ヲ爲スヨリ生スル一義務ナリトス隨テ限定承認者ハ此管理ノ義務ヲ辭スルコトヲ得ス之ヲ辭セント欲セハ相續ヲ拋棄スルヨリ外ナシ蓋シ限定承認ハ相續財産ト相續人ノ固有財産トヲ混同



セシメス相續財産ヲ以テ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキモノナルカ故ニ債權者又ハ受遺者ノ爲メ相續人ヲシテ之ヲ管理セシムルハ相當ナリ又限定承認者ト雖モ債務又ハ遺贈ヲ辨濟シ殘餘アリタル場合ニ於テハ自由ニ之ヲ處分シ得ヘキモノナレハ自己カ之ヲ管理スルハ最モ利益ナリトスル所ナリ而シテ此管理ノ責任ニ付テハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ル何トナレハ若シ殘餘アリタル場合又ハ權利者ノ請求スルナクシハ相續財産ハ當然自己ノ有ニ歸スヘキモノナレハ自己ノ財産ニ於ケルヨリ一層高キ注意ヲ爲スノ理由ナク又自己ノ財産ヨリモ低キ注意ヲ爲スヘキニ非サレハナリ

相續財産ノ管理ニ付テ法律ハ既ニ第一〇二一條ノ規定ヲ存スルニ拘ハラス限定承認者ニ管理ノ責任アルコトヲ規定スルハ重複ニ亘ルノ嫌アリ然レトモ第一〇二一條ハ承認以前ニ關スル規定ニシテ第一〇二八條ハ限定承認以後ニ於ケル責任ヲ規定シタルモノナリ故ニ之ヲ以テ直ニ重複ナリト云フヲ得ス殊ニ限定承認者ハ後ニ至リ說述スル如ク債權者又ハ受遺者ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ者ナレハ承認後ト雖モ尙ホ此管理ノ責ヲ負ハシメサルヘカラス隨テ法律ハ相續財産ノ管理ヲ繼續スルコトヲ要スト云ヘリ此用語ノ差異ヨリシテ見ルモ毫モ重複セルニ非サルナリ

限定承認者カ相續財産ノ管理ヲ爲スニハ第六四五條、第六四六條、第六五〇條第一、二項及ヒ第一〇二一條、第二、三項ヲ準用スヘキモノトセリ(一〇二八條二項故ニ

第一 限定承認者ハ相續債權者又ハ受遺者ノ請求アルトキハ何時ニテモ管理事務處理ノ狀況ヲ報告シ又其管理事務ノ終了シタルトキハ遲滞ナク之ヲ報告スルコトヲ要シ(六四五條)

第二 限定承認者ハ其事務ヲ處理スルニ當リ受取リタル金錢其他ノ物ヲ相續財産ノ中ニ引渡スコト及ヒ其收取シタル果實ヲモ引渡スコトヲ要シ(六四三條)

第三 限定承認者カ管理事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出シタルトキハ相續財産中ヨリ其費用及ヒ支出ノ日以後ニ於ケル利息ヲ償還セシムルヲ得ヘク又其必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ相續財産ヲ以テ辨償ヲ爲サシムルヲ得(六五〇條一、二項)

是等ハ畢竟スルニ限定承認者ノ權利義務ヲ委任ニ於ケル受任者ノ權利義務ト同一ナラシムルニ外ナラス又限定承認者ハ固ヨリ管理ヲ爲スニ過キス從テ管理ノ失當ナルカ若クハ自ラ管理シ能ハサルカ如キ場合ニ在リテハ裁判所ヲシテ利害關係人又ハ檢事ノ申立ニヨリ何時ニテモ保存ニ必要ナル臨機ノ處分ヲ爲スコトヲ得セシメ又裁判所ヲシテ他ニ管理人ヲ選任スルコトヲ得セシメ其管理人ノ責任ヲ不在者ノ財産管理人ト同一ナラシムルハ亦相當ナリト謂フヘキナリ(一〇二一條二項、三項)

## 第二項 債務及ヒ遺贈ノ辨濟

限定承認者ハ相續財産ヲ以テ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルノ義務アル者ニシテ最モ公平

ニ其義務ヲ竭ササルヘカラス從テ法律ハ左ノ如キ規定ヲ存ス  
第一 公告及ヒ催告ノ手續

法律ハ限定承認者ヲシテ辨濟ヲ爲スノ準備手續トシテ公告ヲ爲スヘキコトヲ命セリ此公告ハ一切ノ相續債權者及ヒ受遺者ヲシテ限定承認ノアリタルコトヲ知ラシムルヲ以テ目的トシ且債權者及ヒ受遺者ヲシテ其債權又ハ遺贈請求ノ申出ヲ爲スヘキコトヲ催告スルニ在リトス故ニ公告ハ相續財産ニ對スル權利者ヲシテ其權利ノ行使ニ遺漏ナカラシメンコトヲ期スルモノニシテ各權利者ノ間ニ不公平ノ結果ヲ來タサランコトヲ企圖スルモノナリ今此公告ヲ爲スニ付テノ要件ヲ左ニ列叙セン

一 公告ハ限定承認ヲ爲シタル後五日內ニ爲スコトヲ要ス  
二 公告ニハ限定承認ヲ爲シタルコト及ヒ二ヶ月ヲ下ラサル期間ヲ一定シ其期間內ニ債權及ヒ遺贈請求ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ要ス

三 權利者ニシテ右ノ期間內ニ請求ノ申出ヲ爲ササルトキハ清算ヨリ除外セラルヘキ旨ヲ附記スルコトヲ要ス(七九條二項)

公告ニハ右ノ諸條件ヲ具備セサルヘカラスト雖モ其公告ヲ爲スノ方法ハ官報新聞紙其他ノ方法ニ依ルコトヲ得ヘク法律ハ敢テ此點ニ付テ何等ノ制限ヲ設クルモノニ非ス唯如何ナル方法ニ依ルモ總テノ債權者及ヒ受遺者ニ告知ノ途ヲ盡サシムルニ在リ故ニ限定承認者ニ於テ既ニ

知リタル債權者及ヒ受遺者アルトキハ此者ニ對シテハ各別ニ其申出ヲ催告スルコトヲ要スルモノトス(一〇二九條二項、七九條二項)

## 第二 辨濟ノ順序及ヒ方法

公告ニ定メタル一定ノ期間滿了ノ後ニ至リ限定承認者ハ辨濟ヲ爲スコトヲ要シ此期間滿了以前ニ在リテハ辨濟拒絕ノ權利アリトス此ノ如ク期間滿了前ニ辨濟ヲ拒絕スルコトヲ得セシムルハ全ク公平ノ辨濟ヲ得セシメンカ爲メニシテ期間滿了以前ニ於テ相續財産ヲ以テ辨濟ヲ爲シタルトキハ場合ニ由リ限定承認ノ利益ヲ喪失スルコトアルヘシ

限定承認者カ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルニ當リテハ各債權者ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ在ラサレハ受遺者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ス(一〇三三條)是レ全ク遺贈ニ因リテ債權ヲ害スヘカラストセルニ由ルノミ蓋シ遺贈ハ被相續人ノ死亡ニ因リ其效力ヲ發生スルモノニシテ相續開始ノ當時ニ於テハ尙ホ相續財産中ニ存スルモノト謂ハサルヘカラス從テ遺贈ノ額ニシテ過大ナランカ相續債權者ハ意外ノ損失ヲ蒙ムルニ至ラン而シテ相續人カ限定ノ承認ヲ爲ス場合ハ多クハ相續財産ノ借方カ貸方ニ超過スル傾向アルトキニ生スルモノナレハ若シ遺贈ヲ先キニ辨濟スルトキハ債權者ハ之カ爲メニ非常ノ損害ヲ受クルニ至ルヘキハ昭昭乎トシテ明カナレハ被相續人ノ意思ニ因リ債權者ニ害ヲ來スカ如キハ勉メテ之ヲ豫防セサルヲ得ス是レ此規定アル所以ナリ

限定承認者ハ前段説明スルカ如ク一定ノ期間内ニ債權及ヒ遺贈ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ催告シ其期間内ニ申出タル債權者又ハ承認者ニ知レタル債權者ニ對シテハ右期間満了ノ後ニ於テ之カ辨濟ヲ爲ササルヘカラス而シテ相續財産カ債務及ヒ遺贈ノ全額ヲ辨濟スルニ足ル場合ニハ固ヨリ全額ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルハ論ナシト雖モ相續人カ限定承認ヲ爲スハ通常相續財産ヲ以テ債務及ヒ遺贈ノ全額ヲ辨濟スルコト能ハサル場合ナルヘシ故ニ此ノ如キ場合ニ在リテハ限定承認者ハ債權者ニ對シテ債權額ノ割合ニ應ジテ辨濟ヲ爲ササルヘカラス之ヲ名ケテ配當辨濟ト謂フ(一〇三一條)例ヘハ相續財産六百圓ニシテ一千圓ノ債務ト五百圓ノ債務トアリタルトキハ此二口ノ債權者ニ對シテ一ハ四百圓一ハ二百圓ヲ辨濟スルカ如シ是レ全ク辨濟ニ付テ不公平ヲ生セサラシメンカ爲メノミ但優先權アル債權者ニ對シテハ先ツ此者ニ辨濟ヲ爲ササルヘカラス何トナレハ配當辨濟ノ爲ニ優先權者即チ抵當債權者又ハ質取債權者ノ權利ヲ害スヘキ謂レアラサレハナリ故ニ此等ノ債權者ニ對シテハ其抵當物又ハ質物ノ價格ヲ限リ之ヲ辨濟シ若シ剩餘アリタルトキハ他ノ債權者ニ分配シ又若シ不足アリタルトキハ其額ニ付テハ此等ノ債權者ト雖モ他ノ債權者ト共ニ配當辨濟ヲ受クヘキモノトス蓋シ第一〇三一條但書ノ規定ハ元ト言フ俟タサルカ如シト雖モ本條ノ規定ハ或ハ優先權ノ效力ヲ減殺スルノモノニ非サルカノ疑ヲ生スル恐レアルヲ以テ立法者カ特ニ之ヲ設ケタルニ過キサルナリ若シ又優先權アル債權者ニシテ同一ノ相續財産ニ對シ互ニ競合スル場合アラハ一般ノ規定ニ依

リ之カ順位ヲ定メサルヘカラサルハ勿論ナリトス

普通ノ債權ニ付テハ配當辨濟ヲ爲スモ敢テ困難ナラスト雖モ若シ未タ辨濟期ニ至ラサル債權又ハ條件附債權若クハ存續期間ノ不確定ナル債權ニ付テハ如何ニシテ辨濟スヘキモノナルカ判然タル能ハス故ヲ以テ法律ハ第一〇三二條ノ規定ヲ設ケタリ同條ノ規定タル全ク限定承認者ヲシテ速ニ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ完了セシメンカ爲メニ外ナラス凡ソ相續人カ限定承認ヲ爲ス場合ハ前述スルカ如ク通常相續財産ヲ以テ相續債權者及ヒ受遺者ニ悉皆辨濟ヲ爲スニ足ラサル場合ニ存スルモノナルカ故ニ相續人ハ實際相續財産ノ多少ニ付キ利害ノ關係ヲ有セサルヘシ隨テ相續人ハ辨濟期ノ未タ到ラサル債權ノ辨濟ヲ爲シ且條件附債權モ評價ニ從ヒ之ヲ辨濟スルモ敢テ自ラ不利益ヲ蒙ルコトナカルヘキナリ今若シ限定承認者ハ條件又ハ辨濟期ノ未タ到ラサル債權ノ辨濟ニ充ツルモノヲ別ニ保存シ置キ條件ノ到來セルトキ又ハ其期限ノ到來セルニ及ヒ再ヒ之ヲ相續債權者及ヒ受遺者ニ分配スヘキモノトセハ其不便決シテ尠シニ非サルヘシ而シテ債權者ヨリシテ之ヲ見ルモ債權者ハ相續財産ノミニ付テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキモノニシテ他ニ債務ヲ負擔スルモノナキ場合ナレハ前條ノ規定ニ從ヒテ辨濟ヲ受ケ又ハ裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒテ辨濟セララルハ相續財産ニ對スル關係ヲ速ニ完結スルノ利益アリト謂ハサルヲ得ス是レ實ニ本條ノ規定アル所以ナリトス茲ニ存續期間ノ不確定ナル債權ト云フハ例ヘハ被相續人カ或者ニ對シテ其終身間毎年若干ノ年金ヲ給付ス

ルノ契約ヲ爲シタル如キ場合ヲ謂フ

限定承認者ハ以上ノ手續ニ依リ辨濟ヲ爲スヘキモノナリト雖モ其辨濟ヲ爲スニ當リテハ或ハ相續財産ノ賣却ヲ必要トスル場合アルヘシ此ノ如キ場合ニ遭遇シタルトキハ限定承認者ハ必ス競賣スルコトヲ要スルモノトス(一〇三四條)其競賣ノ手續ハ競賣法ノ規定ニ依ルヘキハ當然ニシテ限定承認者ヲシテ任意ノ賣却ヲ爲サシムルトキハ或ハ買主ト共謀シ不正ノ手段方法ヲ以テ債權者ヲ詐害スルコトナキヲ保セス從テ法律ハ債權者ノ利益保護ノ爲メニ必ス競賣ノ手續ヲ履行スヘキコトヲ命セリ

右ノ如ク相續財産ノ賣却ヲ必要トセハ必ス競賣スヘキモノトスルトキハ我國ノ如ク從來家族制度ヲ遵奉スルノ結果祖先傳來ノ財産ニシテ他人ノ手ニ移ルコトヲ厭フモノニ在リテモ勢ヒ競賣ニ付セサルヲ得サルコトト爲リ祖先崇拜ノ美風モ或ハ地ヲ拂フニ至ルヘキヲ以テ法律ハ此等ノ場合ニ於テ一ノ特例ヲ設クルニ至レリ即チ競賣ニ付サルコトヲ欲セサル財産ノ全部又ハ一部ノ價額ヲ辨濟シテ競賣ヲ止ムルコトヲ得ルコト是ナリ(一〇三四條但書)只此規定ヲ以テ相續人ニ先買權アルモノト誤解スルコトナキヲ要ス何トナレハ相續財産ハ相續人ノ財産ニシテ相續債權者又ハ受遺者ノ財産ニ非ス又被相續人ノ財産ニモ非ス相續人ハ全ク自己ノ財産ヲ自己ノ掌中ニ保持スルニ過キサルモノナレハナリ故ニ之ヲ先買權ト云フヲ得サルナリ以上說述スルカ如ク限定承認者ハ條件附債權又ハ存續期間不確定ノ債權ニ付テハ鑑定價格ニ

之ニ依ルニ海商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ第一次ニハ其使用ノ目的ヲ以テ制限セラレ第二次ニハ其航行區域ヲ以テ制限セラレ第三次ニハ其大サヲ以テ制限セラル仍テ今其制限ヲ順次ニ左ニ說明スヘシ

第一 商行爲ヲ爲ス目的 商行爲ノ何タルカハ商法第二六三條以下三條ニ於テ之ヲ規定セリ其各行爲ノ詳細ナル説明ハ之ヲ他ノ講義ニ譲リ茲ニ之ヲ述ヘサルモ海商ニ重要ナル關係ヲ有スルモノハ運送ト保險トノ二行爲ナリトス而シテ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航行スル船舶ヲ實質的ニ例示スレハ其主タルモノハ運送營業人カ使用スル運送船ニシテ此他運送取扱人、保險營業者、仲立人、問屋、代理商ノ如キ諸般ノ商人カ其營業ノ爲メ使用スル船舶(二六五條)ハ皆此範圍ニ屬ス例ヘハ石炭商人カ使用スル石炭船ノ如キ又ハ貿易商人カ自己ノ貨物ヲ輸出入スル爲メニ使用スル船舶ノ如キ皆然リ現ニ三井物產會社ノ如キハ運送業ヲ營ム爲メニ非スシテ自己ノ商品ヲ輸出入スルカ爲メニ千噸以上ノ大船舶數艘ヲ使用シツツアリ

現行商法第二修正案(第十二議會提出)第五三五條ニハ本法ニ於テ船舶トハ營利ノ目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フトセリ然ルニ茲ニ所謂營利ノ目的ナル文字ハ前述シタル商法立案ノ方針ト合スルヤ否ヤ邦語トシテ之ヲ商行爲ヲ爲ス目的ノ範圍ニ限ルコト能ハサルカ如シ即チ商行爲ヲ爲ス目的ニ非サル漁獵船ノ如キモ亦其中ニ包含セララル莫アリ殊ニ修正案ノ他ノ部分ヲ閱スルニ商行爲ト目スヘカラサル相互保險(第二修正案四一七條現行商法四一八條

ニ該當ス。等ノ規定ヲ包含セシメタルヲ以テ之ヲ見レハ前述ノ立法主義ハ必スシモ絕對的ニ嚴守セラレタルニ非サルモノト解釋セサルヲ得ス此ノ如キ非難アリタルカ爲メニ確定商法ハ右ノ營利ノ目的ナル文字ヲ改メテ商行爲ヲ爲ス目的ト爲シ以テ商法立案ノ方針ヲ嚴守シタリ從テ其結果トシテ船舶法第三五條ヲ設ケテ海商法ノ準用ヲ受クル船舶ノ範圍ヲ定ムルノ必要切ナルニ至レリ

尙ホ參考ノ爲メニ我商法ノ母法トモ謂フヘキ獨逸法ノ此點ニ關スル規定ヲ述ヘンニ獨逸法ニ於テモ我第二修正案ノ如ク海商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ營利ノ目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノト云ヒテ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノト云ヘス從テ商行爲以外ノ營利ノ目的ヲ以テ航海スル船舶ノ主タルモノナル漁船カ果シテ海商法ノ適用ヲ受クルヤ否ヤ我第二修正案ニ付テモ解釋上ノ疑タリシ如ク獨逸法ニ於テモ亦疑ヲ生セリ然レトモ學者ノ說ハ概ネ皆其適用ヲ受クルコトニ一致セリ從テ獨逸法ニテハ漁業モ亦商行爲ニハアラサレトモ商事タルコトハ明瞭ナルニ至レリ例ヘハ「マコーウエル」ハ（獨商逐條註釋一「二版二卷二頁」）曰ク初メ普國草案第三八五條ニハ海商法ノ適用セラルル船舶ノ範圍ヲ定メ單ニ旅客又ハ荷物ノ運送ノミニ用ヒラルル船舶ノミヲ謂フト規定セルヲ第一讀會ニテ單ニノ文字ヲ除キテ稍ハ其適用ノ範圍ヲ廣メ第二讀會ニ於テハ全然同條ヲ刪除セシカ故ニ今日ニテハ營利ノ目的ヲ以テ航海スルモノハ皆海商法ノ適用ヲ受クルコトト爲レリ從テ獨リ海上運送ニ從事スル船舶ノミ

ナラス海中ノ天產物ヲ獲得スルコトヲ目的トスル船舶ハ總テ其適用ヲ受クルコトハ論勿キ所ナリト（獨現行商法ハ普國草案ヲ基礎トシテ編纂セシモノナリ）「レウイス」ボウエンス（同氏獨海商逐條註釋九九頁）「コーザック」（同氏商法教科書五版一六二頁）等モ亦同說ナリ唯反對ノ說ヲ持スル者ハ「シュレーダー」ハ「ガーライス」フックスベルガー「ミッテルスタイン」ト爲ス殊ニ「シュレーダー」ハ「ゴールドシュミット」ノ商法雜誌（三二卷八一頁以下）中ニ於テ異說ヲ唱ヘ漁船カ商法ノ適用ヲ受クヘカラサルコトヲ主張スルカ爲メニ珍奇ノ比喻ヲ取レリ曰ク漁船ハ航海ニ因リテ利益ヲ獲得スルモノニ非ス若シ漁船ニシテ航海ニ因リテ利益ヲ營ムモノト云フコトヲ得ルナラハ馬ニ乘リ病家ヲ見舞フ醫士ハ馬ニ乗ルコトニ因リテ利益ヲ營ムモノト謂ハサルコトヲ得ス漁業者カ航海スルハ單ニ便宜ノ爲メノミ漁獵其モノカ獲利ノ原因ニシテ航海ハ其目的タラス故ニ航海ニ因リテ利益ヲ營ム船舶ノ中ニハ漁船ハ包含スヘカラス換言スレハ海上運送業者ノ船舶ノ如キ航海ニ因リテ利益ヲ營ムモノノミ之ニ屬スト此說ハ普國ノ第一草案ノ說ヲ固持スルモノニシテ獨逸文ヲ稽フルニ獨逸文ハ之ヲ直譯スレハ航海ニ因リテ利益ヲ營ム爲メニ供用スル船舶ト謂フヘク我第二修正案ニ所謂營利ノ目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル船舶ト云フヨリハ稍ハ其意義ヲ異ニス從テ獨逸法ニ付テハ「シュレーダー」ノ說必スシモ一概ニ之ヲ棄ツヘキモノニ非サルモノノ如シ然ルニ「コーザック」ハ一言ノ下ニ「シュレーダー」ヲ辯駁シテ曰ク漁業ニ付テハ航海ハ要素ナリ之ニ反シ醫者ニ付テハ馬ニ乗ルコトハ要素



ニ非ス故、ニ右ノ比喻ハ取ルニ足ラスト「コーザック」ノ此辯駁ハ獨逸文ニ對スルヨリモ我第二修正案ノ法文ニ對シ最モ能ク當レリ故ニ我第二修正案ノ法文ニ取リテハ漁船ハ無論其中ニ包含スルモノト謂ハサルヲ得サリシ仍テ現行商法確定ノ際ニ該法文ヲ改メテ商行爲ヲ爲ス目的ト爲シタルハ之カ爲メナルヘシ從テ我商法ニ於テハ漁獵船ハ海商法ニ所謂船舶ニ非サルコト最モ明白ニシテ漁業カ商事ニ非サルコトモ亦間接ニ決セラレタルモノト謂フヘシ

以上商行爲ヲ爲ス目的ヲ有スル船舶ニ付キ説明セリ從テ此以外ノ航海ノ用ニ供スル船舶ハ船舶法第三五條ニ依リ海商法ノ適用ヲ受クル船舶ノ部類ニ屬スルモノナリ然レトモ稀ニハ其適用ニ關シ疑ヲ生スル場合ナキニ非ス仍テ今其適例二三ヲ示スヘシ例ヘハ運送營業者ノ所有船舶ヲ政府ニテ賃借シ之ヲ公用ニ供スル場合即チ（所謂御用船ノ如キハ船舶所有者ノ側ヨリ觀察スレハ自ラ船舶ヲ運送營業ニ利用シテ利益ヲ收ムルモ他人ニ之ヲ賃貸シテ其使用料ヲ收ムルモ其ニ收利ノ目的ニ供スルコトハ同一ナルカ如キ觀アリト雖モ法文ハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ有スルコトト航海ノ用ニ供スルコトトヲ獨立シタル二箇ノ要件ト見スシテ二者相關連セルモノトシ航海ノ用ニ供スル目的ハ必ス商行爲ヲ爲スコトニ在ラサルヘカラストシタルカ故ニ一旦御用船ニ化シタル後ハ海商法ヲ適用スヘカサルナリ且ヤ賃借人タル政府ハ賃借シタル船舶ヲ必スシモ航海ノ用ニ供スルコトヲ要セス或ハ之ヲ湖川港灣ニ緊留シテ人馬ノ揚ケ卸シニ供シ或ハ軍糧ヲ貯フル倉庫用ニ供スルヤモ得テ知ルヘカサルハナリ尤モ日清戰爭中若クハ

日露戰爭中ニ於テ政府カ民間ノ船舶ヲ多ク使用シ所謂御用船舶ナルモノハ許多之アルモ若シ其契約關係カ單ニ船舶全部ノ備船ニシテ政府ハ船舶所有者トノ間ニ備船契約（一種ノ運送契約）ヲ締結シ之ヲ使用スルニ過キサル場合ハ該船舶ハ名ハ御用船舶ナルモ依然トシテ海商法ノ適用ノ下ニ立ツコト勿論ト謂フヘシ而シテ予カ前述シタル政府カ船舶所有者トノ間ニ船舶賃借契約ヲ締結シ之ヲ賃借シテ使用シタル所謂眞ノ御用船トモ謂フヘキ場合ハ即チ海商法ノ適用ノ下ニ立タサルナリ而シテ御用船カ果シテ備船契約ナルカ賃借契約ナルカハ各場合ノ締約ノ要領ヲ熟知シタル後ニ在ラサレハ一概ニ斷言スルコトヲ得ス

又右ノ例ト反對ニ政府所有ノ船舶ヲ一私人カ賃借シテ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ之ヲ航海ノ用ニ供シタルトキハ海商法ノ適用ヲ受クルコト固ヨリ無論ナリ然レトモ政府所有ノ船舶ハ他ノ法令ノ支配ヲ特ニ受クルコトハ之アルヘシ

第二 航海ノ用ニ供スルコト 廣義ノ船舶トハ水上航行ノモノヲ謂ヒ其中ニ付テ海商法ノ適用ヲ受クルモノハ海上航行ノ船舶ニ限ル然ラハ海上ノ範圍ハ如何通常一般ノ海事交通ノ慣習殊ニ海員社會ノ觀念ニ依リテ定ムヘキモノナリト雖モ獨逸ノ如キハ千八百九十九年六月二十二日商船ニ關スル國旗法第二五條ノ施行法ニ依リ列舉的ニ航海ノ範圍ヲ定メタリ我國ニテモ航海業並ニ海上保險業等未ダ十分ニ進歩セス航海ノ範圍ニ付キ未ダ確タル慣習成立セス故ニ海上ノ範圍ヲ單ニ事實問題ノミニ一任セハ後日ノ紛爭ヲ生スルコトナキヲ保セス仍テ商法施行



法第一二二條ニ於テ湖川港灣及ヒ沿岸小航海ノ範圍ハ遞信大臣ヲシテ之ヲ定メシムルモノトシ間接ニ海上ノ範圍ヲ決定セシムルモノトシタリ即チ湖川港灣ニ於テスル運送ハ陸上運送ト爲リ(三二條)其以外ニ於テスル運送ハ海上運送ト爲ルナリ然ルニ遞信大臣ハ明治三十二年五月省令第二〇號ヲ以テ湖川港灣ノ區域ハ平水航路ノ區域ニ依ルト定メタリ平水航路トハ何ソヤト云フニ現行ノ明治三十三年十二月遞信省令第八七號船舶検査法施行細則第四八條以下ハ船舶検査ニ關シテ遠洋、近海、沿海、平水ノ四航路ヲ區別シ各航路區域ヲ定メタリ即チ之ニ依ルモノトス

第三 端舟其他機權ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ機權ヲ以テ運轉スル舟 是等ノ小舟ハ通常湖川港灣ニ於テ航行スルニ止マリ遠ク本國ヲ離レテ外洋ニ航スルモノニ非ス其船體モ亦小ニシテ能ク風波ニ堪ヘ海上百種ノ偶變又ハ危險ヲ凌クノ力アルモノニ非ス然ルニ偶ハ航海ノ用ニ供シタルカ爲メニ其上ニ生スル法律關係ニ付キ海商編ノ特別規定ヲ適用スルハ事端繁劇ニ失シテ不便ニ堪ヘス例ヘハ船舶所有者並ニ第三者ニ對スル船員ノ規定ノ如キ共同海損ノ規定ノ如キ又ハ船舶債權者ノ規定ノ如キ總テ皆斯ル小舟ニ適用スヘキ性質ノモノニ非ス故ニ斯ル小舟ハ之ヲ海商法適用ノ外ニ置ケリ仍テ之ニ依ル海上運送又ハ之ニ對スル保險ノ如キハ總テ商行爲編ノ一般規定ニ依リテ之ヲ支配スヘキナリ又法文ニハ主トシテ機權ヲ以テ運轉ストアルカ故ニ或ハ帆ヲ舉クルノ準備アリト雖モ航行ノ主タル力カ機權ニ在ルトキハ海商法ノ適用

ナキナリ故ニ海商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ其構造ヨリ云ヘハ汽船及ヒ帆船ナリトス

尙ホ終ニ注意スヘキ點ハ商法ニ所謂船舶ノ範圍ハ第五三八條第一項ニ示ス所ノ全體ニシテ海商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ之ヨリモ其範圍狭クシテ即チ前記ノ小舟ヲ除去シタルモノ是ナリ』  
 以上ハ日本船舶ニ對スル海商法適用ノ說明ナリ然レトモ外國船舶ニ付テモ亦之ヲ適用スル場合アルヘシ而シテ如何ナル場合ニ外國船舶カ日本法ノ適用ヲ受クルヤハ是レ全ク國際私法上ノ問題ナリ國際私法上ヨリ云フトキハ船舶ハ所在地法ニ依ルヘキカ所有者ノ本國法ニ依ルヘキカ將タ船舶國法ニ依ルヘキカノ問題ヲ生ス然ルニ法例第一〇條ニ依ルトキハ動產ニ關スル物權其他登記スヘキ權利ハ其目的物ノ所在地法ニ依ルト規定シ船舶カ動產タルコトハ前述シタルカ如ク最モ明白ナルカ故ニ直ニ之ニ依リテ支配スヘキカ現行法規ノ解釋トシテハ洵ニ然リト答ヘサルヘカラサルカ如シト雖モ船舶ハ此點ニ關シテモ尙ホ不動產ノ如ク船舶國法ニ依リテ支配スルヲ以テ國際私法ノ通說ナリトス然ルニ法例ノ規定ハ國際私法ノ問題ヲ總テ網羅シテ決定シタルモノニ非ス商事ニ關スル國際私法ノ問題ハ概シテ之ニ依リテ決セラレス夫ノ外國ニ於ケル手形行爲ノ效力問題ノ如キハ商法施行法第一二五條ヲ設ケテ織ニ之ヲ決セリ仍テ海商其他ノ商事ノ國際私法問題ニ付テハ他日特別法令ニ依リテ決セラルルノ期アルヘシト信ス

#### 第四節 船舶ノ國籍

船舶ノ國籍ノ事ハ舊商法ニテハ之ヲ海商編中(舊商八二四條)ニ規定セリト雖モ其性質公法的の規定ニ屬スルカ故ニ民法ニテモ國民分限ノ規定ヲ人事編中ヨリ削除シテ之ヲ特別法タル國籍法ニ讓リタルカ如ク新商法ニテハ船舶ノ規定ヲ船舶法ニ讓リタリ故ニ海商法ノ講義中船舶ノ事ヲ述フル必要ナキカ如シト雖モ唯後ニ船舶登記ノ規定ヲ述ヘントスル關鎖トシテ茲ニ一節ヲ設ケテ之ヲ説明スヘシ

船舶ノ國籍ハ之ヲ定ムル必要ハ萬萬之アルモ之ヲ定ムル標準ニ付テハ法理上固ヨリ一定セルモノナク畢竟一國ノ航海業、造船業、其他經濟上ノ狀況ニ照シテ取捨斟酌シテ之ヲ決スヘキナリ而シテ之ヲ定ムルニ付キ從來三箇ノ主義行ハレタリ

其一ハ船舶ノ製造地又ハ材料ノ產出地ノ自國タルト否トヲ以テ船籍ヲ決スル標準トスルモノナリ此主義ハ畢竟造船獎勵ノ目的ヨリ出ラタルモノニシテ自國製造ノ船舶ニ非スハ自國船舶トシ之ニ伴フ特權若クハ保護ヲ與ヘス以テ成ルヘク自國ノ造船ヲ獎勵セントスルニ在リ斯ル主義ハ排外思想ノ熾ナル中古ニ在リテハ最も多ク行ハレタル所ニシテ管ニ外國製造ノ船舶ヲ自國籍ノ船舶トスレコトヲ許ササルノミナラス又自國船舶ヲ外人ニ讓渡スコトヲモ禁シタリ例ヘハ彼ノ佛國ノ如キハ千七百九十三年九月二十一日ノ航海法ニ依リ佛國又ハ其所領地ニ於テ製造シタル船舶ニ非サレハ佛國船舶タルコトヲ得サルヲ原則トシ千八百六十六年ノ法律ヲ以テ之ヲ廢止シタレトモ尙ホ外國製造ノ船舶ヲ輸入スルニハ積量一噸ニ付キ二「フラン」ノ税金ヲ拂ハシメ

千八百七十二年ニ至リテハ更ニ其稅額ヲ増セリ尙ホ右ノ千七百九十三年九月二十一日ノ法律ハ佛國製造ノ船舶ノ全部又ハ一部ヲ外國人ニ賣渡スコトヲ禁セシカ千八百十八年四月二十一日法律第二條ヲ以テ繼ニ其禁ヲ解ケリ此ノ如ク此主義ハ造船獎勵ノ目的ヨリ昔ニ在リテハ能ク行ハレタリ然レトモ今日ニ在リテハ有無相通シ長短相補フヲ以テ萬國交通ノ本旨トシ各國其貿易ヲ獎勵スル時代ナルカ故ニ斯ル窮屈ナル主義ハ到底現時ノ經濟思想ノ容ルヘキ所ニ非ス宜シク各國競ウテ外國ノ船舶製造ノ注文ニ應ジ又好シテ外國製造船舶ヲ買入ルヘキナリ殊ニ我國ノ如キ造船、製鐵、機械製造等ノ未タ十分ニ進歩セサル國ニ在リテハ斯ル主義ハ之ヲ採ルコトヲ得ス但造船獎勵ノ目的ヲ以テ自國製造ノ船舶ヲ特ニ保護スル規定ノミヲ設クルコトハ今日ト雖モ尙ホ之ヲ存ス現ニ我國ノ航海獎勵法第五條ニハ同シク帝國船舶籍ニ屬スル船舶タルニ拘ラス外國製造ノ船舶ニ對シテハ航海獎勵金ヲ與フル點ニ於テ日本製造ノ船舶ニテ非常ナル差異ヲ設ケタリ(明治三十二年三月公布航海獎勵法中改正法律五條三項)

其二ハ般長以下ノ乗組員ノ自國人タルト否トヲ以テ船籍ヲ決スル標準トスルモノナリ元來船長以下ノ乗組員タルヤ船舶所有者トノ間ニ成立スル委任又ハ雇傭契約ニ基キ其職ニ就クモノニシテ彼等カ該船舶運轉ノ職ニ任スルハ右契約關係ノ繼續スル間ノミ又其選任及ヒ解任モ亦契約ノ範圍内ニ於テ船舶所有者ノ自由ニ屬シ彼等ハ決シテ船舶ト其ニ永久終始スルモノニ非ス又電信ノ如キ通信技術ノ非常ナル進歩ニ由リテ船長ノ權限ノ如キモ漸次削減セラレ船長ハ殆ト船舶運

轉ノミノ技術長タルノ觀アラントス(法學協會雜誌二一卷八號一〇八〇頁拙者講演參照)殊ニ船舶籍港ニ於テ然リトス故ニ船長ト雖モ今日ニ在リテハ左程重要視スヘキモノニ非ス唯航海中ニ在リテハ船内ノ規律ヲ保テ船員法ニ認メラレタル範圍内ニ於テ權力ノ執行ヲ爲シ又特別法令ニ依リテ委任サレタル行政、司法警察等ノ職務ヲ有スルノミ是等ノ公務ヲ執行テ外國人船長ニ委任スルハ稍、不可ナルカ如シト雖モ此種ノ事例ハ他ニ其類ニ乏シカラス例ヘハ名譽領事ノ如キ皆然リ殊ニ船員ニ付テハ船員法ニ於テ重大ナル責任ヲ負擔セシメ各場合ニ於ケル制裁ヲ規定シ又各特別法令ニ於ケル職務ニ付テハ其法令ニ於テ各制裁アリ又外國人船員カ日本船員乘組員トシテ其職務ヲ執ルニ當リテハ外國ノ船員免狀ヲ有スルノミニテハ不可ナリ必ス日本人ト同一ノ試驗ヲ受ケ船長其他ノ船員ニ適任ナルコトノ證明ヲ得サルヘカラス仍テ外國人船員ヲ日本船舶ニ使用スルコトハ左マテ重要視スヘキコトニ非ス要スルニ船員ノ内外人タルニ依リテ船籍ヲ區別スルハ稍、時勢ニ後レタルノ觀ナクンハアラサルナリ例ヘハ彼ノ佛國ノ如キ稍、古キ商法ノ行ハル處ニ在リテハ自國船タルノ要件トシテ船長其他ノ高等船員ハ總テ自國人ニシテ且東洋航海ノ場合ノ外ハ水夫ノ四分ノ三ハ亦自國人タルコトヲ要スト規定スト雖モ近來學術竝ニ實業ニ發展タル勢ヲ以テ進ム獨逸ノ如キ又世界航海業ニ最モ進歩セル英國ノ如キハ決シテ斯ル制限ヲ設ケサルナリ殊ニ我國ノ如キ航海業未タ十分ニ進歩セス船員ノ養成モ亦不十分ニシテ外國人船員ヲ雇入ルル必要最モ切ナル處ニ在リテハ船員ノ内外人タルニ依リテ船籍ヲ定ムルカ如キハ事

實上能ハサル所ナリ故ニ船船法ハ決シテ斯ル標準ヲ採用セス

其三ノ主義ハ船舶所有者ノ何人ナルヤヲ以テ船籍ヲ定ムル標準トスルモノナリ船舶ニ付テ利害ノ關係最モ深キ者ハ所有者ニ若クモノナク所有者獨リ船舶ヲ處分スルノ權能ヲ有スルモノナリ故ニ所有者ニ依リテ船籍ヲ定ムルハ最モ其當ヲ得タルモノト謂フヘシ而シテ近世諸國ハ概ネ此主義ヲ採用セリ今參考ノ爲メニ二三強國ノ立法例ヲ示シ最後ニ我國船法ノ規定ヲ述ヘン

獨逸 船舶製造地若クハ船員ノ國籍如何ニ拘ラス專ラ船舶所有者ノ國籍ニ依リテ船籍ヲ定ム即チ千八百九十九年六月二十二日商船ノ國旗掲揚ニ關スル法律第二條ニ曰ク商船ハ聯邦人民ノ專有ニ屬スルトキニ限リ聯邦ノ旗章ヲ樹ツルコトヲ得帝國版圖内ニ本據ヲ有スル法人、登記ヲ經タル組合及ヒ株式會社並ニ帝國ノ版圖内ニ本籍ヲ有シ且其無限責任社員ノ全員カ帝國ノ國籍ヲ有スル株式會社ハ前項ノ一個人ト同一視スト而シテ船舶ノ所有者權ヲ有スル株式會社又ハ株式會社ノ株式ハ外國人之ヲ所有ストモ該船舶カ獨逸ノ國籍ヲ有スルニハ害ナシ何トナレハ船舶ノ所有者ハ會社ニシテ株主タル外人ハ其共有者ニ非サレハナリ而シテ外國人カ獨逸船舶ヲ取得スルコトハ毫モ制限セララル所ナシ唯所有者權ノ全部又ハ一部カ外國人ニ移轉スルト同時ニ該船舶ハ獨逸ノ國籍ヲ失フノミ又船員ノ國籍如何ハ船籍ニ關係ナキコト前述ノ如シト雖モ外國人ニシテ獨逸船舶ノ乘組員トシテ使用セラルルコトヲ得ルニハ內國人ト同一ニ當該獨逸行政官廳ヨリ適任證書ヲ受ケサルヘカラス

佛國 千七百九十三年九月二十一日法律第二條ニ依レハ船舶ノ全部カ佛國人ニ屬スルニ非サレハ佛國船舶タルコトヲ得サリシナリ然ルニ千八百四十五年六月九日法律第一一條ハ之ヲ改正シ佛國船舶タルニハ少クトモ其所有權ノ二分ノ一カ佛國人ニ屬セサルヘカラサルモノトセリ故ニ佛國船舶ニシテ若シ外國人ニ讓渡サルルカ又ハ外國人カ二分ノ一以上ノ持分ニ於テ其有者ト爲ルトキハ該船舶ハ佛國籍ヲ失フ從テ佛國法カ與フル保護ノ下ニ立テテ佛國ノ國旗ヲ掲揚スルコトヲ得ス願フニ千七百九十三年九月二十一日ノ法律ハ佛國船舶ノ全部又ハ一部ヲ外國人ニ讓渡スコトヲ禁シタリシカ千八百十八年四月二十一日ノ法律第二條ハ其禁ヲ解キ以テ自由讓渡ヲ爲スコトヲ許シタリ又株式會社ニ付テハ前掲千八百四十五年ノ法律ハ適用セララルモノニ非スシテ苟モ株式會社カ佛國ニテ佛國法ニ從テ設立セラレ且其船舶カ佛國船舶タルニ必要ナル他ノ一切ノ條件ヲ充タシタルトキハ該會社ノ株式ノ二分ノ一ハ外國人カ之ヲ所有ストモ該船舶ハ佛國船舶タルニ害ナシ而シテ合名會社ニ付テハ社員ノ全員カ佛國人ナラサルヘカラス

伊國 千八百六十五年六月二十五日發布伊國海商法第四〇條ニ依ルニ凡ソ船舶ニシテ伊國ノ國籍ヲ得ルニハ其所有權カ伊國人ニ專屬スルカ又ハ少クモ五年以上伊國內ニ住所ヲ有スル外國人ニ屬スルコトヲ必要トシ尙ホ伊國內ニ住所ヲ有セサル外國人ト雖モ伊國船舶所有權ノ三分ノ一マテハ之ヲ有スルコトヲ妨ケサルナリ然ルニ千八百七十七年五月二十四日發布

ノ改正商法第四〇條ニテハ伊國船舶ヲ所有シ得ル外國人ノ範圍ヲ擴張シ伊國內ニ五年以上獨リ住所ノミナラス居所ニテモ之ヲ有スル外國人ナレハ伊國船舶所有者タリ得ルモノトセリ而シテ合名會社ニ付テハ其本店ハ外國ニ在ルモ業務擔當社員ノ一員カ伊國人ナルトキハ該會社所有ノ船舶ハ伊國船舶タルコトヲ得株式會社ニ付テハ外國人株式所有ニ付テ何等ノ制限ナシ要スルニ伊國ハ船舶ノ所有ニ付キ他國ニ比シテ最も内外平等ノ主義ヲ採レリ

奧國 千八百七十九年五月七日ノ法律第六五號第一章ニ依レハ船舶登記簿ニ登記シ若クハ假免狀ヲ得タル船舶ヲ以テ奧國商船ト定メ其所有權ノ三分ノ二以上奧國人ノ所有ニ屬スルニ非ザレハ船舶登記簿ニ登記セス而シテ奧國內ニ創立セラレ且奧國內ニ在ル汽船會社ハ一個人ト同一視ス又外國ノ港ニ在ル外國船舶ニシテ其所有權ノ三分ノ二以上奧國人ノ有ニ歸スルトキハ奧、匈領事ハ船舶假免狀ヲ付與ス

英國 千八百九十四年ノ現行商船法第一條ニ於テ船籍ノ規定ヲ設ケタリ之ニ依ルニ英國ニ生レタル臣民、英國若クハ其版圖内ノ歸化法ニ依リ又ハ英王ノ特許ニ依リテ歸化人ト爲リタル者及ヒ英國若クハ其版圖内ノ法律ニ從ヒテ設立セラレ主タル事務所ヲ英國版圖内ニ有スル法人ニ專屬スルモノヲ以テ英國船舶ナリトス

我國ニ於テハ舊商法ハ第八二四條ニ於テ船籍ヲ規定セリ即チ船舶カ(一)日本人民ノ所有ニ專屬スルトキ(二)日本ニ主タル營業所ヲ有シ且日本ノ裁判權ニ服従スル會社其他ノ法人ニシテ合名

會社ニ在リテハ總社員、合資會社ニ在リテハ少クトモ社員ノ半數、株式會社ニ在リテハ取締役ノ總員、其他ノ法人ニ在リテハ代表者ノ總員カ日本人民ナルモノノ所有ニ專屬スルトキヲ以テ日本船舶ナリトセリ然レトモ該規定ハ種種ノ點ニ於テ缺點アリ先ツ官廳又ハ公署ノ管理ニ屬スル船舶ヲ此中ニ包含セシメサルカ故ニ日本船舶ノ全部ヲ悉ササルノ憾アリ又法人ニ關スル營業所ト云フ文字ハ商會社ニ付テハ當レリト雖モ公益法人等ニ付テハ其當ヲ得サルカ故ニ此場合ニハ之ヲ事務所ト謂フニ若カス又合資會社ニ付テハ法人ハ社員ノ半數カ日本人民ナレハ足レリトセリト雖モ立法ノ主意ヨリ考フレハ是レ亦不十分ナリ蓋シ合資會社ニハ無限責任社員ト有無限責任社員トアリ又舊商法ノ合資會社ハ真正ナル無限責任社員ナクトモ之ヲ成立スルコトヲ得唯業務擔當社員カ自己ノ任務中ニ爲シタル行爲ノミニ付テ無限責任ヲ負ヘハ足レリトセリ故ニ合資會社ニ在リテハ唯社員ノ半數カ日本人民タルノミニテハ不十分ニシテ必スヤ無限責任ノ全員若クハ業務擔當社員ノ全員カ日本人民ナラサルヘカラサルナリ此ノ如ク種種ノ缺點アリタルカ故ニ新法典ハ之ヲ修正スルト同時ニ船籍ノ規定ヲ商法中ニ之ヲ置クハ其當ヲ得サルカ故ニ之ヲ船法中ニ移シタリ即チ船法第一條ニ曰ク

左ノ船舶ヲ以テ日本船舶トス

一 日本ノ官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶

二 日本臣民ノ所有ニ屬スル船舶

三 日本ニ本店ヲ有スル商會社ニシテ合名會社ニ在リテハ社員ノ全員、合資會社及ヒ株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ全員（舊商法ノ規定ニ從ヒテ設立シタル合資會社ニ在リテハ業務擔當社員ノ全員）株式會社ニ在リテハ取締役ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶

スル船舶

四 日本ニ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬ト以テ我國法モ亦所有者ノ國籍如何ニ因リテ船籍ヲ定ムルノ主義ナルコトヲ知ルヘシ而シテ本條ハ能ク舊商法ノ缺點ヲ補ヒ得タルモノナリ

今本條ニ付キ注意スヘキ點ヲ説明スレハ内外人ノ共有船舶ハ日本船舶タルコトヲ得ス又會社所屬ノ船舶ニ關シテハ有限責任社員若クハ株主ニ外國人カ存在スルモ日本船舶タルニ妨ナシト謂フヘキナリ

## 第五節 船舶ノ登記

商法第五四〇條第一項ニ規定アリ之ヲ一見スレハ船舶所有者ハ船舶ノ登記ヲ爲スト其ニ同一官廳ヨリ船舶國籍證書ノ交付ヲ受クルカ如キ觀アリト雖モ船舶法並ニ船舶登記規則等ヲ細ケハ船舶登記ノ事務ハ司法省ノ管轄ニ屬スル區裁判所又ハ其出張所ニ於テ之ヲ行フモノニシテ（船舶



登記規則二條）船舶所有者ハ其登記ヲ受ケタル後通信省ノ管轄ニ屬スル管海官廳ニ船舶ノ登録ヲ申請セサルヘカラス而シテ船舶國籍證書ハ其登録ヲ終リタル後管海官廳ヨリ始メテ之ヲ交付スルモノタルコトヲ知ルヘキナリ（船舶法五條）此ノ如ク船舶所有者ハ登記ト登録トノ二者ヲ受ケサルヘカラス抑、船舶登記ノ目的ハ船舶ノ私法的權利關係ヲ公示スルニ在リテ其目的毫モ不動産登記ト異ルコトナシ唯其手續ヲ異ニスル必要アルカ爲メニ一ハ不動産登記法ニ從ヒ一ハ船舶登記規則ニ從ハシムルノミ（註）法文ニハ特別法ノ定ムル所ニ從ヒト云ヒ法律ヲ以テ制定スルコトヲ必要トシタルニ勸令ヲ以テ船舶登記規則ヲ公布シタル所以ハ船舶法第三四條ヲ以テ船舶ノ登記ニ關スル規程ヲ勸令ニ委任シタルニ依ルモノナリ）然ルニ船舶ノ登録トハ船舶原簿ニ記入シ以テ船舶ヲ我國籍ニ編入スルコトヲ謂フナリ猶ホ人ヲ戶籍ニ編入スルカ如キナリ此ノ如ク船舶ノ登記ハ私法的ノ關係ニ屬シ登録ハ公法的ノ關係ニ屬シ二者其目的ヲ異ニスルカ故ニ一ハ行政官衙タル管海官廳ヲシテ其事務ヲ司ラシメ一ハ各個人ノ權利證明ノ職ニ任スル司法官廳ヲシテ事務ヲ掌ラシムルハ理論上正シカラサルニ非ス仍テ舊商法ニ於テモ亦船舶登記ノ事務ハ之ヲ裁判所ヲシテ司ラシムルノ主意ニシテ船舶所有者ハ管海官廳ヨリ船舶證書ヲ受ケル外ニ私法的權利ノ證明ニ充ツル爲メニ裁判所ヨリ船舶登記證書ヲ請受ケヘキモノト爲シタリ（舊商法二五條八二七條）然リト雖モ固ト船舶國籍證書ト船舶登記證書トノ二者ヲ必要トスルモノニ非ス蓋シ前述シタル如ク船舶ノ所在ハ船舶所有者ノ何國人ナルヤニ因リテ定マルカ故ニ船舶所有

權ノ登記ハ同時ニ船舶ノ證明ヲ爲リ得ヘキナリ殊ニ其内容ニ於テモ二證書ハ殆ト同一ナルカ故ニ一ヲ以テ他ノ目的ニモ亦使用スルコトヲ得ルナリ故ニ新商法ニ於テハ二證書ヲ必要トセス獨リ船舶國籍證書ノミヲ以テ行政上ノ目的ニモ亦私法上ノ目的ニモ共ニ充用シ得ヘキモノト爲シタリ例ヘハ船舶所有權ノ讓渡アリタル場合ニ之ヲ以テ第三者ニ對抗セントセハ登記ヲ爲スノ外ニ船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載スルコトヲ必要トシタルカ如キ是ナリ此ノ如ク新商法ノ主意ニ於テハ管ニ二證書ヲ必要トセサルノミナラス前掲シタル第五四〇條第一項ノ立案ノ主意ヨリ考フレハ一步進ミテ船舶登記ノ事務ト船舶登録ノ事務トハ亦同一管轄タル管海官廳ヲシテ之ヲ管掌セシムル主意ナリシコト推知スルニ餘アリ但公務ノ分掌ノ事ハ官制並ニ豫算ノ決スル所ニ依リテ定マルカ故ニ私法的法規ニ屬スル商法ノ猥ニ干渉スヘキ所ニ非ス仍テ之ヲ特別法ノ定ムル所ニ一任シタリ然ルニ特別法タル船舶法、同施行細則並ニ船舶登記規則ニ依レハ船舶登記ノ事務ト登録ノ事務トハ各別派ノ官廳ニ於テ之ヲ分掌スルコト爲レリ仍テ商法ノ立案ノ主旨ハ貫徹セサルニ至レリ故ニ船舶所有者ハ先ツ裁判所ニ到リテ船舶ノ登記ヲ受ケ而シテ後管海官廳ニ到リテ登録ヲ受ケ始めテ船舶國籍證書ヲ請受クルノ運ヒニ至ルモノナリ從テ船舶ノ登録ヲ受ケンカ爲メニハ先ツ登記ヲ爲スコトヲ要シ爲メニ登記證書ヲモ自ラ必要トスルニ至レリ（船舶登記規則九條）然レトモ船舶登記證書ハ專ラ登記ノ證明ニ充ツルモノニシテ私法上ノ權義ノ證明ノ爲メニモ國籍證書カ用ヒラルモノトス商法ノ解釋ニ付テハ裨益少キモ今試ニ船舶ノ登記ト登



錄ト同一官廳ニテ取扱フ場合ニ於ケル利益ヲ列舉スレハ左ノ如シ

- 一 船舶所有者ノ何人タルカハ單ニ私法上ニ於テ必要ナルノミナラス公法上ニ於テモ常ニ之ヲ明カニスル必要アリ例ヘハ船籍ノ如キハ所有者ノ日本人タルト否トニ依リテ定マル故ニ裁判所ノ登記ヲ受ケテ私法上ノ關係ヲ明カニスルコトヲ得ルモ別ニ公法上ノ關係ヲ明カニスル爲メニ管海官廳ニ於テ登録ヲ爲ササルヘカラス故ニ船舶所有者カ始メテ其所有權ヲ取得シタルトキハ勿論其後所有權ノ移轉アル毎ニ必ス兩所ニ届出テサルコトヲ得ス然ルニ若シ管海官廳ニ於テ直チニ登記ノ事務ヲ取扱フモノナルトキハ當事者ノ爲メニ便益アルコト辯ヲ俟タス唯抵當權ヲ設定スル場合ニハ單ニ登記所ニ於テ之ヲ登記スルヲ以テ足レリトスト雖モ現今ノ實況ニ於テハ所有權ノ取得又ハ移轉ノ場合莫ニ抵當權設定ノ場合ヨリモ多キカ故ニ當事者ノ便否ヨリ云ヘハ船舶登記ノ事務ヲ管海官廳ニ於テ取扱フヲ以テ得策ナリトス
- 二 登記ト登録トノ二者相違アルトキハ種種ナル不都合アルコトハ固ヨリ言ヲ俟タス然ルニ之ヲ同一官廳ニ於テ取扱フトキハ二者ノ相違若クハ誤謬ヲ生スルコト渺シ
- 三 船舶登記事項ハ船舶登記規則第一六條ニ記載スルカ如ク船舶ノ種類、材料、噸數等ニ關シ船舶ニ關スル專門の智識アル者ニ非サレハ下解シ難キモノ多シ故ニ登録ノ事務ト共ニ管海官廳ニ於テ之ヲ取扱フモノトセハ錯誤等ヲ生スルノ虞渺シ
- 四 私權ノ得喪、變更ニ關スル事項ト雖モ必スシモ之ヲ司法官廳ニ於テ取扱ハサルヘカラサル

ノ理ナシ夫ノ版權、特許、意匠、商標、鑛業權ノ如キハ皆行政官廳ニ於テ之カ登録ヲ行フニ依リテ知ルヘシ

- 五 外國ノ例ヲ見ルニ船舶登記ノ事務ハ之ヲ管海官廳ニ於テ取扱フヲ以テ其例多シトス就中航海業ノ發達セル諸國ニ於テ然リトス例ヘハ英、米、佛、伊、奧、ハンブルグ、ブレメン、メックレンブルグ、オルデンブルグ等ニナリ而シテ司法官廳ニ於テ取扱フモノハ白、西葡、普、リューベック等ノ數國ニ過キス而モ普、リューベック等ニ於テハ船舶國籍證書モ亦登記裁判所ニ於テ之ヲ交付スルカ故ニ管海官廳ニ到リ之カ交付ヲ受クルカ如キ二重ノ手續ヲ勞スルコトナシ又白國ニ於テハ國內ノ船舶登記ハ總テ皆「アンヴェール」ノ登記所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトシ西國ニ於テハ沿海其他航海業ニ特別ノ關係アル州ノ首府ニ於テノミ船舶ノ登記ヲ爲スヘキモノトシ葡國ニ於テモ特ニ政府ニ於テ指定シタル土地ノ商事裁判所ニ於テノミ之ヲ爲サシメ又「リューベック」ニ於テモ地方裁判所ノ商事局ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトセリ故ニ是等ノ諸國ニ於テハ沿海地方ノ各區裁判所ニ於テ船舶ノ登記ヲ爲サシムルコトヲ必要トセルナリ

以上述フルカ如ク船舶ノ登記ト登録ト同一官廳ニ於テ取扱フハ其便益極メテ多ク外國ノ立法例モ亦多クハ皆然ル所ナルニモ拘ラス我船舶法施行細則竝ニ船舶登記規則ニ於テ其方法ヲ採ラサリシハ誠ニ遺憾ト謂フヘク當事者ノ不便察スヘキナリ

夫レ登記ハ之ニ因テ以テ權利ノ設定、消滅及ヒ變更ヲ生スルモノニ非ス唯之ニ對スル公示方法ニ過キサルカ故ニ之ヲ爲スト否トハ當事者ノ任意ニ屬スル場合多シト雖モ船舶ノ登記ニ付テハ之ヲ航行ノ用ニ供スル前ニ當リ必ス之ヲ爲ササルヘカラス何トナレハ船舶法第六條ニ依ルニ同施行細則第四條ニ列舉シタル場合等ヲ除クノ外船舶國籍證書又ハ假船舶國籍證書ヲ請受ケタル後ニ在ラサレハ船舶ヲ航行ノ用ニ供スルコトヲ得ス然ルニ國籍證書ヲ請受ケタルニハ必ス船舶ノ登録ヲ爲スコトヲ要シ登録ヲ申請スルニハ先ツ登記ヲ受ケ而シテ後登録申請書ニ登記ノ謄本ヲ添附スルコトヲ必要トスレハナリ(船舶法五條同施行細則一七條)此ノ如ク航行前ニ在ラ必ス登記セサルヘカラス故ニ航行ノ用ニ供シ得ルコトハ登記ノ間接ノ效果ト云フモ可ナリ換言スレハ登記ヲ爲ササル制裁トシテ船舶ヲ航行ノ用ニ供スルコトヲ得サルナリ然リト雖モ船舶ノ登記ハ如何ナル小船ト雖モ皆之ヲ行フコトヲ必要トスルニ非ス西洋形船總噸數二十噸未満、日本船積石數二百石未満ノモノハ登記ヲ受クルコトヲ要セス(五四〇條二項)蓋シ是等ノ小船ハ遠洋ニ航行スヘキモノニ非ス又登記ニ依リテ私權ノ證明ヲ爲スホトノ必要アルモノニ非サレハナリ故ニ是等ノ小船ニ在リテハ明治二十九年逓信省令第二五號船鑑札規則ニ依リ船鑑札ヲ得テ船籍ノ證明ニ充ツルモノトス

西洋形船ノ積量一噸トハ百立方尺ヲ謂ヒ日本形船ノ積量一石トハ十立方尺ヲ謂フ故ニ西洋形船ノ二十噸ハ日本形船ノ二百石ニ恰當スルモノナリ又總噸數トハ登録噸數ニ對スル語ニシテ西洋

形船ノ甲板一層若クハ二層ノモノハ量噸甲板下ノ噸數ニ量噸甲板上諸室ノ噸數ヲ合セタルモノヲ謂ヒ又甲板三層以上ノ船舶ニ在リテハ量噸甲板下ノ噸數ニ量噸甲板上各甲板間ノ噸數及ヒ最上甲板上諸室ノ噸數ヲ合セタルモノヲ謂フ量噸甲板トハ西洋形船ニシテ甲板一層ノモノハ其甲板ヲ謂ヒ甲板二層ノモノハ上層ノ甲板ヲ稱シ甲板三層以上ノモノハ其最下ヨリ第二層ニ在ルモノヲ謂フナリ而シテ登録噸數トハ汽船ニ付テハ總噸數ヨリ乗組人常用室及ヒ機關室ノ噸數ヲ除キタルモノヲ謂ヒ帆船ニ付テハ總噸數ヨリ乗組人常用室ノ噸數ヲ除キタルモノヲ謂フ(明治十七年四月二十四日一〇號布告船舶積量測定規則)

船舶登記ノ管轄裁判所、登記簿、船舶所有權、抵當權、賃借權ニ關スル登記ノ手續就中登記事項登記ノ抹消等ニ付テハ船舶登記規則ニ於テ詳細ニ之ヲ規定シ又船舶登録ノ手續、船舶國籍證書記載ノ事項等ニ付テハ船舶法施行細則ニ於テ詳細ニ之ヲ規定シタルカ故ニ就テ見ルヘシ今更メテ茲ニ之ヲ抄出セス

## 第六節 船舶ノ讓渡

船舶ノ所有權取得ノ方法ニハ種類アリ之ヲ大別シテ原始的取得ト移轉的取得ト二種ト爲スヘシ而シテ原始的取得ノ中ニハ船舶ノ製造、捕獲アリ捕獲ハ原始的取得ナリトハ國際法學者ノ說ノ一致スル所ナリ故ニ其上ニ存スル物上擔保權ハ捕獲ニ因リテ消滅スルモノトス移轉的取得ノ

中ニハ讓渡、相續等アリ然レトモ民法ノ一般規定ノ適用ヲ以テ足レリトスル事項ニ付テハ舊商法ニ於テハ船舶所有權ノ取得及ヒ移轉ナル一節ヲ設ケテ特ニ詳細ナル規定ヲ爲セリト雖モ商法ハ之ヲ刪除シタルカ故ニ民法ノ講義ニ讓リテ今茲ニ之ヲ述ヘス又捕獲ノ如キハ國際公法ニ於テ研究スヘキ事項ニ屬ス故ニ茲ニハ商法ニ於テ特別規定ヲ設ケタル船舶所有權取得ノ一方法ナル船舶ノ讓渡ノミニ付テ之ヲ述フヘシ

商法第五四一條ニ曰ク

船舶所有權ノ讓渡ハ其登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ニ之ヲ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

ト舊商法第八三五條ニ於テハ賣買其他ノ法律行爲ニ依リ船舶所有權ヲ取得スル契約ハ必ス特ニ作レル契約證書ヲ以テ之ヲ取結フヘキモノトシ證書ノ作成ナクハ契約ハ成立セサルナリ然レトモ商法ハ商事契約ノ成立要件トシテ形式ヲ要セサルコトヲ以テ通則トシタルカ故ニ舊商法ノ如ク證書作成ヲ契約成立ノ要件トスルコトハ之ヲ廢止セリ故ニ船舶ノ讓渡ニ付テモ當事者ノ意思表示ノミニテ所有權ハ直ニ移轉スルコトヲ得ルナリ然レトモ第三者ニ對スル公示方法トシテハ民法ニ於テ不動産ニ付テハ第一七七條ヲ設ケ不動産物權ノ得喪及ヒ變更ハ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシ動産ニ付テハ第一七八條ヲ設ケテ動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモ

ノトシタルト均シク船舶ノ讓渡ニ付テモ或手段ヲ採ラサルヘカラス然ルニ船舶ハ一般ノ動産ト異ナリ其價モ貴ク又其數モ少キカ爲メニ既ニ登記ノ設アリ故ニ民法第一七八條ニ對スル特別規定ヲ設ケ該讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗セントスルニハ登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載スルコトヲ要ストシタルナリ又同條ニ依レハ所有權移轉ノ旨ヲ國籍證書ニ記載スレハ足レルカ如クナルモ船舶法並ニ同施行細則ヲ見レハ讓渡ノ場合ニモ國籍證書ノ書換ヲ要スルモノナルヲ知ルヘシ(船舶法一一條同施行細則三四條)立法論トシテハ不都合ト謂フヘシ

尙ホ第五四一條ニ付テ注意スヘキコトハ同條ニハ廣ク船舶ノ所有權ト云フト雖モ該船舶ノ中ニハ前條第二項ニ依リテ除外シタル總噸數二十噸未満又ハ積石數二百石未満ノ船舶ハ包含セサルモノト知ルヘシ何トナレハ是等ノ小船ニ對シテハ登記ノ制ナク又國籍證書ヲ下付スヘキモノニ非サレハナリ從テ是等ノ小船ノ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ民法第一七八條ニ依リ船舶ノ引渡ヲ爲スコトヲ要スルナリ

又本條ハ唯リ所有權ノ讓渡ニ付テ規定シタルモ相續等ニ因ル所有權移轉ノ場合モ登記ヲ要スルコトハ勿論トス(船舶登記規則一條、不動産登記法二七條、四一條)

商法ハ又航海中ニ在ル船舶ノ讓渡ニ付キ特別規定ヲ設ケタリ即チ第五四二條ニ曰ク

航海中ニ在ル船舶ノ所有權ヲ讓渡シタル場合ニ於テ特約ナキトキハ其航海ニ因リテ生スル損益ハ讓受人ニ歸スヘキモノトス

ト蓋シ航海中ニ在ル船舶ヲ讓渡シタルトキハ既ニ其航海ニ因リテ損益ヲ生スヘシ而シテ其損益ハ何人ニ歸スヘキモノナリヤノ問題ヲ生ス恰モ民法第八九條第二項ニ於テ法定果實ハ日割ヲ以テ取得スルモノトセシカ如ク船舶讓渡ノ日ヲ以テ限界トシ其前後ニ依リテ損益ノ歸屬者ヲ定ムヘキカ外國ノ立法例中往往此ノ如キ制ヲ採ルモノナキニ非スト雖モ航海中ノ損益ハ前後不同ニシテ時ノ前後ヲ以テ損益ニ之ヲ分割スヘカラス例ヘハ航海ノ前半ニハ暴風雨多ク航海費用ヲ多ク使用シタルニ後半ハ平穩ニシテ費用極メテ少額ナリシカ如キコトハ常ニ之アル所ナリ故ニ若シ偶然ノ期日ニ因リテ其前後ヲ分チ以テ損益ノ歸屬者ヲ定ムルトキハ當ニ利益ヲ多ク取得スル者ト少ク取得スル者トヲ生スル虞アルノミナラス甚シキハ一方ニハ利益ノミヲ取得スル者ヲ生シ他方ニハ損失ノミヲ負擔スル者ヲ生スヘシ是レ極メテ不公平ナル結果ニシテ特約ナキ場合ニ於ケル當事者ノ意思ニ反スルコト多カルヘシ當事者ノ意思ヲ推測スルニ讓渡人ニ在リテハ讓渡ノ日ヨリ總テ船舶ニ關スル利害ヲ脫スル考ナルヘク讓受人ニ在リテハ航海中ノモノヲ讓受クルホトナルカ故ニ該航海ニ因リテ生スル損益ハ總テ之ヲ引受クル考ナルヘシ仍テ航海中ノ損益ハ之ヲ一團トシテ總テ讓受人ニ歸スヘキモノト爲シタルナリ

而シテ本條ハ唯讓渡人ト讓受人トノ關係ヲ規定シタルモノニ過キサルカ故ニ讓渡人又ハ讓受人カ第三者ニ對スル關係ハ之カ爲メニ變更ヲ受ケス例ヘハ讓渡人カ當該航海準備トシテ石炭ヲ買入レ爲メニ第三者ニ債務ヲ負ヘル場合ノ如キ其債務ハ依然トシテ讓渡人ノ債務ナリ唯該石炭費用ヲ讓受人ヨリ讓渡人ニ償フヘキノミ

又本條ニ航海ニ因リテ生スル損益ト云フカ故ニ航海ノ事業ヨリ生シタル損益ヲ稱スルモノニシテ船舶自體ノ毀損ヨリ生スル損益ノ如キハ此中ニ包含セス例ヘハ船舶自體ニ隠レタル瑕疵アリタル場合ノ如キ又ハ船體自體カ讓渡ノ當時全ク沈没シ居リシ場合ニ於テ讓渡人カ之ニ對シテ擔保義務ヲ負擔スルコトノ如キハ總テ皆民法ノ一般規定ニ從フヘキモノナリ又損益ト云フハ畢竟航海事業ヨリ取得シタル總收入ト總支出トノ差異ヨリ生スル結果ニシテ之ヲ讓受人ニ歸屬セシムルモノナリ

終ニ時効ニ因リテ船舶ヲ取得スル事柄ニ付キ舊商法第八三七條ヲ設ケ其但書ニ於テ「船長ハ時効ニ因リテ船舶ヲ取得スルコトヲ得ス」ト規定シタルニ商法カ之ヲ刪除シタル理由如何今序ヲ以テ之ニ付キ一言スヘシ

抑、舊商法第八三七條ノ但書ヲ設ケタル所以ハ他ナシ船長ト雖モ若シ時効ニ因リテ船舶ヲ取得シ得ルモノトセハ船長ハ遠ク海外ニ航行シ以テ全ク所有者ノ干渉ヲ免レ遂ニ取得時効ノ期間ヲ經過スルノ惡所爲ヲ行フコトナキヲ保シ難キヲ慮レタルニ因ルモノナリ然リト雖モ現行民法ニ於テハ取得時効ノ要件ヲ定メテ二十年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且全然ニ他人ノ物ヲ占有スルコトヲ必要ト爲シタル然ルニ船長カ故意ニ船舶所有者ノ干渉ヲ離レ船舶所有者カ遠隔ノ地ニ在リ

テ到底其力ノ及ハサルヲ奇貨トシ遠洋ニ航行シ居ル場合ノ如キハ是レ決シテ平穩ノ占有ト謂フコトヲ得ス且又二十年ノ久シキ遠洋ニ航行スルモ必スヤ外國ノ諸港ニ入津スルノ機アルヘシ斯ル場合ニ於テ船舶ハ必ス船舶國籍證書ヲ所持スルコトヲ要ス而シテ國籍證書ニハ船舶所有者ノ何人タルカヲ必ス記載セサルヘカラス然ルニ國籍證書ニハ眞ノ所有者ノ氏名ヲ記載シアルモノニシテ現占有者タル船長ノ氏名ヲ記載セス是レ豈ニ公然ノ占有ト云フコトヲ得ンヤ殊ニ他方ニ於テ船舶所有者ノ爲メニ種種ノ救済手段アリ例ヘハ船舶所有者ハ何時ニテモ船長ヲ解任スルコトヲ得(五七四條)又船長カ船舶所有者ニ對スル義務ヲ怠リタルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得(五八條)其他船員法ニ於テハ船長ニ對スル幾多ノ監督ノ規定アリ故ニ船長ハ事實ニ於テ時効ニ因リテ船舶ヲ取得スルコト能ハサルナリ是レ特ニ商法カ前掲シタル舊商法ノ如キ規定ヲ設ケサル所以ナリ

### 第七節 船舶ノ差押及ヒ假差押

船舶ノ差押及ヒ假差押ハ唯リ船舶ノ上ニ先取特權、抵當權ノ如キ優先權ヲ有スル者ノミニ限ラス一般ノ債權者モ之ヲ行フコトヲ得故ニ舊商法ニ於テハ船舶債權者ノ章ニ於テ船舶ノ差押及ヒ假差押ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖モ(舊商八五九條)新商法ニ於テハ之ヲ船舶ノ章下ニ移シテ規定セリ商法第五四三條ニ曰ク

差押及ヒ假差押ハ發航ノ準備ヲ終ハリタル船舶ニ對シテハ之ヲ爲スコトヲ得ス但其船舶カ發航ヲ爲ス爲メニ生シタル債務ニ付テハ此限ニ在ラス

ト夫レ債務者ノ財産ハ債權者ノ便宜ノ時機ニ於テ之カ差押若クハ假差押ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ通則トス然ルニ船舶ニ付テハ何故ニ此ノ如キ特權ヲ認メテ既ニ發航ノ準備ヲ終リタルモノハ之ニ對シテ差押若クハ假差押ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタルカ蓋シ發航ノ準備ヲ終リタル船舶カ出航シ得ルト否トハ公益並ニ私益ノ上ニ非常ナル關係アリ定期船ハ勿論不定期船ニ在リテモ既ニ發航期日ヲ定メテ種種ノ準備ヲ爲シ終リタルニ當リ突然之カ發航ヲ差止メラルトキハ社會公衆ハ之カ爲メニ既ニ豫期シタル交通手段ヲ失シ幾多ノ間接ノ損害ヲ被ルコト之アルハク又船舶ニ對スル直接ノ利害關係人タル船舶所有者、船長其他ノ船員ハ勿論該船舶ノ儲船者、荷役人、旅客等モ亦非常ナル不利益ヲ被ルヘキナリ此ノ如ク發航ノ準備ヲ終リタル船舶ニ付テハ種種ノ利害關係人ヲ生スルカ故ニ唯リ船舶債權者又ハ其他ノ船舶所有者ノ債權者ノ爲メニ該航海ノ利益ヲ犧牲ニスルニ忍ビサルナリ是レ實ニ同條ノ規定アル所以ナリ然リト雖モ發航ヲ爲ス爲メニ生シタル債務ニ付テハ之カ債權者ハ發航ノ準備ヲ終ル以前ニ債務履行ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ怠リタルニ非ス且此債權アリテ始メテ發航ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタルモノナルカ故ニ該債權ハ所謂擔保ノ原因ヲ成シタルモノナリ仍テ船舶ハ該債權ノ擔保ノ目的ト爲ラサルコトヲ得サルナリ是レ其但書ノ規定アル所以ナリ



發航ノ準備ヲ終リタルトキトハ如何ナル場合ヲ謂フカ事實問題ナル故ニ畢竟爭ヲ生シタル場合ニハ裁判所ノ認定ニ一任セサルヘカラスト雖モ蓋シ發航ノ準備トハ航海ノ準備ト云フト異ナリ既ニ機裝ヲ終リ船長其他ノ船員ノ乗組モ定マレルハ勿論荷物ノ船積等モ亦之ヲ終リ船内ニ備フヘキ書類ニ付テモ亦其準備ヲ爲セルモノト解セサルヘカラスト然レトモ斯ル形式上ノ事柄カ悉皆成就シ終ルノ必要ナシ何トナレハ悉皆成就シタルコトハ發航前ノ瞬間ノコトナレハナリ故ニ發航ノ準備トハ將ニ發航セントスル狀態ニ在ルノ意ニハ非サルナリ又其船舶カ發航ヲ爲ス爲メニ生シタル債務トハ其範圍極メテ狭クシテ例ヘハ豫テ航海ノ準備トシテ石炭ヲ買入レ置キ偶ハ之ヲ當該船舶ニ使用シタル場合ノ如キ其石炭代價タル債務ハ決シテ此中ニ包含セサルナリ又廣ク發航ノ準備ヲ終リタル船舶ト云フカ故ニ歐洲行ノ船舶ニシテ橫濱ヲ發シ神戶、長崎、香港ト順次ニ寄港シ行ク際ニ當リ寄港中神戶ニ於テモ其後ノ何レノ港ニ於テモ寄港地ニ於ケル發航ノ準備ヲ終ラサルトキト雖モ差押ヘラルルコトナシ成程法文ニ所謂發航トハ獨リ最初ノ發航ノミヲ意味セス即チ前例ノ場合ニ於テ橫濱ノ發航ノミヲ意味セス神戶ヨリ發スルモ發航ニシテ長崎ヨリ發スルモ亦發航ナリ然レトモ本條本文ニ所謂發航ノ準備トハ最初ノ發航及ヒ爾後寄港地ニ於ケル各發航ノ準備ノ意味ニ非ス最初ノ發航又ハ爾後ノ發航ノ準備ノ意味ニ解釋セサルヘカラスト然ラシテ最初ノ發航及ヒ爾後ノ發航ノ意味ニ解センカ最初ノ發航港タル橫濱ニ於テハ神戶若クハ長崎ニ於ケル發航ノ準備ハ之ヲ終ラサルモノナルカ故ニ終始差押ヘ得ト謂ハサ

ルヘカラスト又神戶ニ於テハ未タ長崎ニ於ケル發航ノ準備ヲ終ラサルコト必然ナルカ故ニ是レ亦神戶ニ於テ終始差押ヘ得ト謂ハサルヘカラスト故ニ本條ノ本文ノ發航ノ準備トハ最初ノ發航又ハ爾後ノ發航ノ準備ノ意ニシテ若シ最初ノ準備ヲ終レハ一回發航ノ準備ヲ終リタルモノニシテ其實ハ該船舶カ航海ヲ全ク終ルマテハ終始纏綿シテ消滅スルコトナシ故ニ橫濱ヲ發シテ神戶ニ寄港シ神戶ニ於ケル發航ノ準備ヲ未タ終ラサルトキト雖モ神戶ニ於テ差押フルコトヲ得ス神戶ヲ發シテ長崎ニ著シタルトキハ神戶ニ於ケル發航ノ準備ヲ終リテ發航シタルコト勿論ナルカ故ニ茲ニ二回ノ發航ノ準備ヲ終リタルモノナリ故ニ長崎ニ於テハ長崎發航ノ準備ヲ未タ終ラサルトキト雖モ長崎ニ於テ差押フルコトヲ得ス爾後何レノ寄港地ニ到ルモ亦同シ

之ニ反シテ但書ノ規定ニ依ル債權者ハ何レノ寄港地ニ於テモ差押フルコトヲ得ヘシ即チ橫濱ニ於テ生シタル但書ノ規定ニ依ル債權者ハ橫濱ニ於テ差押ノ機會ヲ失シタルトキハ神戶、長崎、香港何レニ至リテモ差押フルコトヲ得ヘシ又神戶ニ於テ生シタル但書ノ規定ニ依ル債權者ハ神戶ニ於テモ長崎ニ於テモ差押フルコトヲ得ヘシ蓋シ但書ニ所謂發航トハ最初ノ發航又ハ爾後ノ各發航ノ意味スレハナリ又實際上ノ結果ニ於テモ斯ク解シテ不都合ナシ何トナレハ元來橫濱ニテ差押ヘラルヘキ運命ニ在リタルモノナルカ故ニ神戶マテ航シ得ラレタルハ寧ろ勿怪ノ幸ニシテ神戶ニテ差押ヘラルルモ毫モ遺憾ナキ筈ナレハナリ

但書ノ規定ヲ第二項トシテ印刷シアルコト世間普通ナルカ如シ是レ官報ニ於テ斯ル誤植ヲ爲シ

タルカ故ナルヘシ立法者豈ニ但書ノミヲ特ニ第二項ト爲ス誤謬ヲ爲セシモノナランヤ

## 第二章 船舶所有者

### 第一節 船員ノ行為ニ對スル船舶所有者ノ責任

#### 第一款 有限責任汎論

凡ソ他人ニ對シテ債務ヲ負擔スル者ハ無限ノ責任ヲ負フヲ以テ原則トス換言スレハ債務者ノ全財産ハ其債務ノ包括的擔保トシテ執行ノ目的タルモノナリ故ニ債務者ニシテ其財産ヲ増殖スレハ債權者ノ擔保ハ從テ増加シ爲メニ其辨濟ヲ受クルニ易ク之ニ反シテ債務者其財産ヲ減少スレハ債權者ノ擔保ハ從テ減少シタルモノニシテ其辨濟ヲ受クルニ難シ其狀恰モ被相続人ノ財産ノ増減ハ之カ承繼人タル相続人ノ利害ニ直チニ影響ヲ及ボスト一般ナリ是故ニ「ボアソナード」氏ノ如キハ債權者ハ債務者ノ承繼人ナリト謂ヒ承繼ナル文字ヲ此ノ如キ廣義ニ用ヒタリ又民法第四二三條及ヒ第四二四條ニ於テハ特ニ債權者ヲ保護スル爲メニ學者ノ所謂斜及訴權及ヒ廢罷訴權ヲ認メテ之ニ與ヘ破産法ニ於テハ債權者保護ノ爲メニ特ニ否認權ナルモノヲ認メタリ此ノ如ク債務者ハ自己ノ全財産ヲ擔保トシテ債務履行ノ責任ニ任スヘキヲ當然トス是レ實ニ動スヘカラサルノ原則ナリ然ルニ社會ノ必要ハ往往ニシテ此原則ニ對シテ例外ヲ認ムルニ至ル其例外ヲ認ムル場合はレ之ヲ有限責任債務ト稱ス(「エーレンベルヒ」有限責任論一頁以下參照)

有限責任債務ノ形式ニ左ノ三ノ場合アリ

第一 責任額ニ制限アル場合 此場合ニ於テハ債務者カ債務履行ノ責任スル額ニ制限アルノミニシテ債務者カ其債務ヲ履行セサル爲メニ債權者カ債務者ノ財産ヲ執行スル其執行ノ目的物ニ制限アルニ非ス故ニ債權者ハ債務者ノ財産中如何ナル部分ニ付テモ之ヲ執行スルコトヲ得而シテ其責任ノ最高限ノ額ヲ定ムルニ或ハ絶對的ニ一定ノ總額ヲ明示シテ之ヲ定ムルコトアルヘク或ハ相對的ニ或一定ノ客觀的若クハ主觀的ノ狀況ニ因リテ定ムルコトアルヘシ就レニスルモ其額ヲ一定スル方法定マレハ足レリ又其有限責任ハ或特定ノ債權者ノミニ對シ又ハ或種類ノ債務ノミニ對シ又ハ或關係ノ債務ノミニ對スルコトアリ然レトモ債務者カ自己ノ一切ノ債務ニ對シテ有限責任ヲ負フ場合ハ吾人未タ其實例ヲ見サルナリ何トナレハ若シ之アリトスレハ前述シタル無限責任ノ原則ヲ無視スルモノナレハナリ而シテ本場合ノ責任ノ額ヲ定ムル方法ニハ法律ノ明文ニ依リテスルモノアリ又債務者ノ意思ニ依リテスルモノアリ前者ノ實例ハ佛國法ニ於テ捕拿用私船ノ所有者カ其乗組員ノ不法行為ニ對シテ負フヘキ責任ヲ最高三萬七千「フラン」ノ限度内ニ制限シ若シ其船舶ノ乗組員ノ數カ百五十人以上ニ進ムトキハ最高七萬四千「フラン」ノ限度内ニ制限セリ又英國法ニ於テハ後ニ述ヘントスル如ク船舶所有者ノ責任ヲ船舶ノ噸數ニ比例セシメ一噸ニ付キ八磅トシ若シ人命ヲ損シ又ハ身體ヲ毀傷シタルトキハ一噸ニ付キ十五磅トシ之ヲ最高ノ責任トセリ(英國一八九四年八月二十五日商船法

五〇三條）又後者即チ當事者ノ意思ニ因リテ責任ノ額ヲ定ムル場合ノ實例ハ合資會社ノ有限責任社員ノ出資額ノ如シ

又彼ノ保險契約ニ於テ保險證券ニ明記シタル保險金額（填補スヘキ總損害トシテ當事者ノ見積リタル金額）カ保險價額（被保險物件カ保險セラレ得ヘカリシ金額）ヲ超過スル場合ハ超過シタル部分ハ保險者之ヲ填補スルニ及ハス保險價額タケニ制限シテ之ヲ填補ス此場合ハ保險者當初保險金額ヲ填補スルノ約ヲ爲シタルモノナルカ故ニ是レ亦制限債務ノ一ナルカ如キ外觀アルト雖モ其似テ非ナルモノナルコトハ多言ヲ費サスシテ明カナリ蓋シ保險契約當然ノ性質トシテ保險者ハ保險價額以上ノ填補ヲ爲スヘキモノニ非サレハナリ

第二 責任財産ニ制限アル場合 第一ノ場合ニ於テハ執行ノ額ニ制限アルモ執行ノ目的物ニ制限ナシ故ニ債務者若シ任意ニ其債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ債務者ノ財産ノ何レノ部分ニ付テモ執行スルコトヲ得タリ然ルニ此第二ノ場合ニ於テハ執行ノ目的物ノ上ニ制限アリ債務者任意ニ其債務ヲ履行セサルトキ債權者ハ唯特定財産ノミニ付テ執行ヲ爲スコトヲ得又ハ特定財産ノミニヨリ辨濟ヲ受クルニ過キス故ニ若シ其特定財産ニシテ債權全部ヲ辨濟スルニ足ルトキハ債權者ハ毫モ損失ヲ被ルコトナキモ若シ之ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ債權者ハ他ニ幾何ノ財産ヲ有スルモ債權者ハ之ニ手ヲ觸ルルコトヲ得スシテ損失ヲ被ルコトヲ免レス而シテ船舶所有者カ船長其他ノ船員ノ行爲ニ對スル責任ハ大陸主義ニ在リテハ實ニ此第二種ノ

有限責任債務ニ屬セシムルモノニシテ船舶所有者ノ財産ヲ海產ト陸產トニ區別シ船舶所有者ハ獨リ海產ノミヲ以テ責ヲ負フト爲ス而シテ我商法ノ規定モ亦實ニ此種ニ屬スニ付テハ追テ之ヲ詳述スヘシ

彼ノ世襲財産ト普通財産トヲ區別シテ普通財産ノミニ一般債務ノ責任ト爲スカ如キモ亦此場合ノ一例ナリ

第三 右第一及ヒ第二ノ場合ノ要素ヲ合シタルモノニシテ債務者ハ或一定ノ最高限ノ額マテ特定財産ノミニ付テ責任ヲ有スル場合 此場合ハ責任ノ額ニ於テ一定シ又其執行ノ目的物ニ制限アルナリ而シテ契約ヲ以テ此ノ如キ制限義務ヲ設定スルコトハ固ヨリ常ニ豫想シ得ル所ナレトモ成法上ニ於ケル此種ノ有限責任ノ實例ハ吾人未タ之ヲ見ス

## 第二款 船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ有限責任ノ各國立法主義

吾人ハ以上有限責任債務ノ種類ヲ説明シタリ而シテ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對スル責任モ亦其有限責任債務ノ一種ニ屬スルナリ然ラハ何故ニ船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ有限責任ヲ負フニ止マルカ其理由ノ主タルモノ二三ヲ列舉センニハ船舶カ航海中ニ在ルトキハ船舶所有者ハ最早船員等ノ行爲ヲ指揮監督スルコトヲ得スヘニハ船舶ハ遠ク本國ヲ離レテ外洋ニ航行

スルモノナルカ故ニ船舶所有者ハ船員ノ選擇並ニ解任ノ自由ヲ失フ、三ニハ航海ノ便宜ト安全トヲ計ルカ爲メニ船長ノ權限ヲ非常ニ廣大ナラシメ船長ハ船舶所有者ノ指揮命令ヲ待タズシテ重大ナル行爲ヲ行フコトヲ得、四ニハ船員ハ普通ノ勞務者ト異ナリ一定ノ試験ヲ經テ技術ニ堪能ナルコトノ公證アルモノナリ故ニ船舶所有者ニシテ適法ナル選任ヲ爲シタル以上ハ船員ノ技術上ノ過失ヨリ生ジタル損害ハ恰モ不可抗力ニ比スヘキモノナリ、五ニハ其理由タルヤ主トシテ之ヲ沿革上ノ理由ニ求ムヘシ抑、航海ノ事業タルヤ頗ル危險ニ富ムカ故ニ若シ其責任ヲ輕減スルニ非スンハ今日マテノ十分ノ發達ヲ爲スコト能ハサリシナルヘシ故ニ若シ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對シテ常ニ無限責任ヲ負ハサルヘカラストセハ安シテ航海業ニ從事スルコトヲ得ス其結果延テ國家ノ海運業ノ進歩ヲ妨クル虞アリ故ニ航海獎勵ノ必要上其責任ヲ有限ニスル必要アリト云フニ在リ

是等ノ理由アルカ爲メニ船舶所有者ハ無限責任ヲ負ハスシテ有限責任ヲ負フコトハ諸國一般ニ之ヲ認ムルモ其有限責任債務ノ形式ニ付テ之ヲ大別スレハ前述シタル第一種ニ屬スルモノト第二種ニ屬スルモノトノ二種ノ立法主義アリ即チ

第一 責任額ヲ定ムル主義(制限アル人的責任主義) 是即チ船舶所有者ノ責任ヲシテ先ニ逃

ヘタル第一種ノ有限責任債務タラシメントスルモノニシテ英國ノ採用スル所ナリ即チ英國商船法第五〇三條ニ規定スル如ク船舶所有者ハ各場合毎ニ一定シタル金額ノ割合ヲ以テ船舶ノ

噸數ニ比例シテ責任ヲ負擔ス故ニ其責任ノ最高額ヤ一定セリ然レトモ責任財産ハ一定セス何トナレハ唯金高ヲ以テ責任ノ最高限ヲ定ムルノミナレハナリ此ノ如ク此主義タルヤ責任財産ヲ一定セス責任額ヲ定ムルモノナルカ故ニ船舶所有者カ縱令所謂海產全部ヲ喪失スルコトアルモ若シ陸產ヲ所有スルトキハ其陸產ニ付テ責任ヲ負ハサルヘカラストセハ船舶所有者ノ海產ノ増減ハ債權者ニ取リテハ毫モ痛痒ヲ感セス故ニ船舶所有者ノ債權者ノ側ヨリ見レハ船舶所有者ノ一定シタル責任額ノ範圍内ニ於テハ極メテ安心ナル位置ニ立ツコトヲ得ルモノナリ是レ實ニ此主義ノ利益アル所ナリ然レトモ唯噸數ノミニ比例シテ責任額ヲ定ムルハ不公平ト謂ハサルヲ得ス即チ船舶ノ價格又ハ其種類ノ異ナルニ從ヒ例ヘハ汽船ト帆船トノ如キハ其間ニ差等ヲ設ケスンハ精密ナル規定ト云フコトヲ得ス殊ニ此主義ハ英國固有ノモノニシテ多ク他國ニ用ヒラレス故ニ我國ノ如キモ亦容易ニ此主義ヲ採用スヘカサルナリ

抑、英國ノ舊法即チ普通法ノ規則ニ於テハ船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ總テ無限責任ヲ負擔セリ然ルニ千七百三十四年或船長カ積荷ヲ誤用シテ船舶所有者ノ非常ナル損害ヲ與ヘタルヨリ船舶所有者等ハ連合シテ下院ニ請求ヲ爲シ其責任ヲ有限ト爲シ船舶及ヒ運送貨ノ額ヲ止メシコトヲ以テシタリ當時英國ニ於テハ航海業獎勵ノ真最中ナリシカハ其請ヲ容レ發布セラレタルモノハ「ジョーズ」二世第七年第一五號ノ法律ナリシ之ニ依レハ船舶所有者ノ責任ヲ船舶及ヒ運送貨ニ限ルモノト爲セリ其目的タル全ク航海獎勵ニ在リシナリ千八百十三

年ニハ之ヲ衝突事件ノ責任ニ擴張セリ然ルニ千八百六十二年ニハ船舶積荷ノ損害ニ付テハ加害船一噸ニ付キ八磅以下人命ニ關スルトキ一噸ニ付キ十五磅以下ト爲セリ抑、八磅ナル割出ハ當時ノ英國ニ於テハ總船舶ノ總噸數ヲ以テ總船價ヲ割リテ得タル平均價ナリ又十五磅ナル割出ハ固ト旅客船ニ付テハ一噸十五磅以上ノ良船製造ヲ獎勵セシメントスル公益心ヨリ胚胎セルナリ然ルニ今日ニ在リテハ八磅若クハ十五磅ト云フハ極メテ理由ニ乏シキ人爲の標準ナレトモ因襲ノ久シキ容易ニ之ヲ改ムルコトヲ得ス今日ニ至ルマテ英國ニ於テハ尙ホ依然トシテ行ハレツツアルナリ「マースデン」海上衝突論七章一七五頁以下「アボット」商船法論一四版五章六三七頁以下海法會議報告一號七五頁同「アントワープ」會議報告英文五六頁

第二 責任財産ヲ定ムル主義（物の責任主義）此主義ハ船舶所有者ノ責任ヲシテ先ニ述ヘタル第二種ノ有限責任債務ヲシメントスルモノニシテ獨國並ニ佛國等ノ採用スル所ナリ即チ船舶所有者ノ財産ヲ海產ト陸產トニ區別シ船員ノ行爲ニ對シテ船舶所有者ハ獨リ海產ノミニ付テ責任アリト爲スモノナリ抑、航海業ノ頗ル危険多キ點ヲ觀察シ該事業ノ進歩ヲ計ランカ爲メニ苟モ船舶所有者ノ責任ヲ制限スル必要アリトスル以上ハ海產、陸產ノ區別ヲ立テテ海產ノミヲ以テ責任財産ニ定メントスルハ頗ル其當ヲ得タルモノト謂フヘシ然レトモ此主義タル第一ノ主義ト異ナリ責任額ニ於テ一定セサルカ故ニ若シ海產ノ範圍ニシテ増殖スレバ可ナルモ減少若クハ滅失スルトキハ債權者ノ迷惑ハ亦察スヘキナリ換言スレバ海產ノ滅失若クハ毀

損アルハ債權者ノ爲メニ大ナル危険ト謂フヘシ故ニ此主義ヲ採ルモノニ在リテハ債權者保護ノ爲メニ商法第五四五條ノ如キ規定ヲ設クルノ必要ヲ感ス而シテ此第二ノ主義ハ又其責任ノ方法ニ依リテ左ノ二主義ニ細別スヘシ

甲 執行主義 特別財産タル海產ヲ執行シテ其中ヨリ債權者ニ辨濟ヲ得セシメ船舶所有者其責ヲ免ルル所ノ主義ニシテ獨法系ノ採用スル所ナリ

乙 委付主義 特別財産タル海產ヲ委付シテ船舶所有者其責ヲ免ルル所ノ主義ニシテ佛國法系ノ採用スル所ナリ

右甲乙二主義ヲ比較センニ船舶所有者保護ノ爲メヨリ言ヘハ執行主義ヲ優レリトス何トナレハ責任財産ニシテ債務ヲ完済スルニ充分ナル場合ノ如キハ債權者其債務ヲ任意ニ辨濟スヘク若シ之ヲ完済スルニ不足ナル場合ノ如キハ債權者其執行ヲ甘ンスヘシ而モ幸ニ殘餘ヲ生スレハ債務者ノ有ニ歸ス殊ニ委付スルヲ利トスルヤ否ヤヲ判斷スル場合ノ如キハ其事變力遠隔ノ地ニ於テ起ルヘキカ故ニ船舶所有者ハ判斷ノ材料ニ乏シク能ク之ヲ決定シ兼スル場合多クレハナリ然ルニ債權者ノ爲メヨリ言ヘハ委付主義ヲ優レリトス何トナレハ海產毀滅シテ船舶所有者當然委付スル場合ノ如キハ之ヲ執行スルモ債權者ハ到底債權ノ辨濟ヲ受クルコト難シ故ニ寧ロ執行ノ費用ト勞トヲ取ラスシテ其全部ヲ受クルニ若カス若シ又執行シテ債權辨濟ニ充テタル後多少殘額ヲ生スル程ノ海產現存スル場合ニ於テハ債權者ハ執行スルヨリモ委付ヲ受



クル方當然利益多シ蓋シ執行シテ殘餘アレハ返還セサルヘカラサルニ反シテ委付ヲ受クレハ全部自己ノ有ニ歸スレハナリ且又一步進シテ船舶所有者全ク委付ヲ爲ササル場合ニ於テハ債權者ハ當然彼ヲシテ無限責任ヲ負ハシムルコトヲ得ルモノナリ故ニ孰レニシテモ委付主義ノ方債權者ノ爲メニハ利益アリ之ヲ要スルニ有限責任ノ制度ヲ認メタル精神ヲ完全ニ貫キ船舶所有者保護ニ重ヲ置カントセハ獨立法系ノ執行主義ヲ優レリトシ又寧ロ成ルヘク無限責任ニ近カラシメントスル債權者保護ニ重ヲ置カントセハ佛法系ノ委付主義ヲ優レリトス而シテ委付主義ハ新シキ立法例ニ於テ廣ク採用セラルル傾向アリ我商法カ委付主義ヲ採用シタルハ畢竟債權者保護ニ重ヲ置ク後ノ理由ニ依リタルモノト謂ハサルヘカラス

人或ハ執行主義ハ物の有限責任ナレトモ委付主義ハ然ラスト爲ス者アリ然レトモ是非ナリ予カ有限責任ト云フハ其免責ノ方法ニ付テ云ヘルノミ執行主義ノ場合ト雖モ發生シタル債務其モノハ制限セラルルニ非ス例ヘハ過失ニ因ル損害賠償ニ付テ云ヘハ債務其モノハ損害ノ全部ナリトス唯其責任ヲ免ルルニ付テ執行主義ノ方ハ責任財産ヲ限トシ委付主義ノ方ハ委付シテ責ヲ免ルルモノトス有限責任、無限責任トハ其免責ノ方法ニ付テ云フ稱呼ニシテ委付主義ノ場合ヲ以テ有限責任ト爲ス毫モ不可ナル所アラサルナリ  
尙ホ委付主義ヲ採用スルト執行主義ヲ採用スルトニ因リ結果ニ於ケル差異ヲ指摘スレハ左ノ如シ

(イ) 委付主義ニ在リテハ委付セサルトキハ當然無限責任ヲ負フコト爲ル從テ債務者其債務ヲ辨濟セサル場合ニ於テハ獨リ財産ノミナラス陸産モ亦債權者ノ執行ノ目的ト爲ル之ニ反シテ執行主義ニ在リテハ任意ニ債務全部ヲ辨濟スル外其責任ハ常ニ有限責任ニシテ債權者ノ執行ノ目的ト爲ルモノハ獨リ海産ノミニ限ル

(ロ) 委付主義ニ於テハ船舶所有者委付スルト否トノ自由ヲ有スルカ故ニ委付權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得之ヲ拋棄セハ船舶以下ノモノハ常ニ彼レノ所有ノ下ニ在リ即チ商法第五四五條ノ規定ノ如キハ委付權ヲ拋棄シタルヨリ生スル結果ト見テ可ナリ之ニ反シテ執行主義ニ於テハ執行權ハ債權者ノ獨占スル所ニシテ船舶以下ノモノハ常ニ其執行ノ目的物ナルカ故ニ債務者其執行ノ難ヲ免レント欲セハ執行ニ先チ任意のニ債務全部ヲ辨濟セサルヘカラス

(ハ) 委付スレハ委付ノ目的タル海産全部ハ總テ債權者ノ有ニ歸ス縱令其實價ハ債務全部ヲ辨濟シテ尙ホ剩餘アリト雖モ債務者之ヲ如何トモスヘカラス之ニ反シテ執行主義ニ在リテハ執行ノ結果債務全部ヲ辨濟シテ尙ホ剩餘アルトキハ其剩餘ハ之ヲ債務者ニ返還セサルヘカラス此點ハ執行主義ノ方誠ニ公平ニシテ債務者保護ニ適ス然レトモ執行シテ債務ヲ辨濟シ尙ホ剩餘ヲ生スル場合ノ如キハ委付主義ノ方ニ於テモ債務者多クハ委付ヲ爲ササルヘキナリ

## 第三款 我商法ノ規定

以上ニ於テ一般ニ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對スル責任ヲ研究シタル後翻テ我商法ノ規定如何ヲ顧シニ其第五四條第一項ノ規定ハ即チ是ナリ之ニ依リテ以テ我商法ノ規定モ亦佛法系ニ倣ヒ委付主義ヲ採リタルコトヲ知ルヘシ而シテ本條ニ付テ尙ホ詳細ニ説明セントス

先ツ船舶所有者カ有限責任ヲ以テ其責任スル債權ノ範圍ヲ說カンニ船舶所有者ノ有限責任ハ船員ノ行爲ヨリ生スル債務ニ對スルモノニ非スシテ第一ニ船長カ其法定權限内ニ於テ爲シタル行爲ヨリ生スル債務、第二ニ船長其他ノ船員カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ損害ヲ加ヘタルヨリ生スル債務ニ限ルナリ即チ第一ハ法律行爲ヨリ生スル債務ニシテ第二ハ不法行爲ヨリ生スル債務ナリ船長ノ法定權限トハ商法第五六條以下三箇條ニ規定スル所ノモノ是ナリ船長其他ノ船員トハ船長、運轉士、機關士ヨリ水火夫ニ至ルマテ總テ皆包含スルナリ又其職務トハ單ニ文字ノミヨリ解スレハ其範圍極メテ廣シト雖モ吾人ノ見ル所ヲ以テスレハ船員等カ船舶所有者ノ使用人トシテ負擔スル所ノ職務ノ範圍ナリト解セサルヘカラス何トナレハ素ト船舶所有者ヲシテ船員等ノ不法行爲ニ對シテ責任ヲ負ハシムル所以ノモノハ船員等ハ船舶所有者自身ノ職務ヲ行ヒツツアレハナリ焉ソ他人ノ職務ヲ行フ他人ノ爲メニ賠償ヲ爲ス責任アラシヤ故ニ例ヘハ船長カ官又ハ法律ノ命ニ依リ特ニ行政權又ハ司法權ノ執行ヲ委任サルルコトアルモ是レ船舶

所有者ノ使用人トシテ當然行フヘキ職務ニ非ス官ヨリ命セラレタル船長彼自身ノ職務ナリ故ニ船長カ行政權若クハ司法權ヲ執行スルニ當リ他人ニ損害ヲ加フルコトアルモ船舶所有者ハ敢テ與リ知ルヘキ限ニ在ラス其損害ハ寧ロ船長ニ行政權若クハ司法權ヲ委ネタル政府ニ於テ賠償スヘキ必要アルモノナレハ之ヲ賠償スヘキナリ故ニ予ハ法文ニ所謂其職務ト云フ文字ヲ論理的ニ解釋シテ社員等カ船舶所有者ノ使用人トシテ行フ所ノ職務ノ範圍ナリト解スルナリ

次ニ本條ト民法第七一五條トノ關係ニ付キ一言スヘシ船員ト船舶所有者トノ關係ハ被用者ト使用者トノ關係ナルカ故ニ商法ニ別段ノ規定ナクシテ民法第七一五條ノ適用サルコトアルハ勿論ナリ然ルニ同條第一項ニ依レハ使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ使用者ハ被用者ノ行爲ニ付キ損害ヲ負ハサル旨ヲ規定セリ若シ本條ノミニ依リテ船舶所有者ノ船員ノ行爲ニ對スル責任ヲ定メタルモノトスレハ船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ多ク場合ニ於テ責任ヲ負ハサルコト爲ルヘシ何トナレハ船舶所有者ハ船員ヲ選任スルニ付テハ各相當ノ免狀ヲ有スル者ノ中ヨリ之ヲ任命スヘク又監督モ十分ニ之ヲ爲スヘクレハナリ故ニ諸外國ノ法制ニ於テモ何レモ皆船員ト船舶所有者トノ關係ハ普通ノ被用者ト使用者トノ關係トハ之ヲ異ニシテ別段ニ取扱ヒ船舶所有者ヲシテ船員ノ行爲ニ對シテ一般ニ責任アルモノトシ唯其責任ヲ有限ニスルヤ將タ無限ニスルヤカ立法上ノ問題タルナリ然ルニ我商法第五四條ノ書方ニ依レハ唯責任ノ程度ヲ定メタルノ

ミニシテ責任ノ範圍ハ民法第七一五條ニ依リテ定メラレ居ルノ觀アリ換言スレハ民法ニ於テ定メラレタル責任ノ範圍ニ於テ商法ハ唯其責任ノ有限ナリヤ將タ無限ナリヤヲ定メタルニ過キサルカ如キ疑アリ然リト雖モ我商法第五四四條モ亦船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對シテ責任ヲ負フ範圍ト其責任ノ程度トノ二者ヲ同一條文ニテ規定セント欲シタルモノナリ其故如何トナレハ本條ノ反對推理ニ依リ委付スレハ責ヲ免ルコトヲ得ト雖モ委付ヲ爲ササレハ責ヲ免ルコトヲ得スシテ船長ノ法定權限内ノ行爲又ハ船員ノ他人ニ加ヘタル損害ニ對シテ責任アル旨ヲ定メタルモノナレハナリ故ニ責任ノ範圍ハ民法第七一五條ニ依リテ定マリ責任ノ程度ハ商法第五四四條ニ依リテ定マレリト視ル解釋ハ到底之ヲ容ルヘキニ非ス獨逸ニ在リテハ其民法第八三一條ニ於テ我民法第七一五條ト略ホ同一ノ規定アリ故ニ船員等ノ行爲ニ付テハ民法ニ對スル特別規定ヲ設クル爲メニ特ニ獨商法第四八五條(同舊商四五一條)ノ一箇條ヲ設ケ船舶所有者カ船員ノ不法行爲ニ對シテ責任ヲ負フ範圍ヲ定メ其次條即チ獨商法第四八六條ニ於テ始メテ責任ノ程度ヲ規定セリ佛國商法第二一六條モ亦略ホ同一ノ立案ナリ我商法ハ之ヲ同一箇條ニ纏メタルカ故ニ畢竟右ノ如キ疑ヲ生セシメタルモノナリ立法論トシテハ責任ノ範圍ト程度トヲ別個ノ條文トシテ分チ規定スルヲ妥當トス

次ニ商法カ責任財産トシテ定メタル海產ノ範圍ヲ説明センニ商法ニ所謂海產ノ範圍ハ舊商法ニ云フ所ヨリモ廣シ即チ舊商法ハ船舶及ヒ運送貨ノミヲ以テ責任財産タル海產ト爲セリ(舊商八

四二條)ト雖モ新商法ニテハ船舶及ヒ運送貨ノ外ニ船舶ト同視スヘキ船舶ニ付キ有スル損害賠償請求權及ヒ運送貨ト同視スヘキ船舶ニ付キ有スル報酬ノ請求權ヲ包含セシメタル船舶ニ付キ有スル損害賠償請求權トハ例ヘハ共同海損ニ於ケル船舶所有者ノ請求權ノ如キ衝突其他各種ノ不法行爲ニ因リテ船舶ノ被リタル損害賠償請求權ノ如キ是ナリ但保險契約ニ基キ損害ヲ填補セシムル請求權ハ此中ニ包含セス何トナレハ保險ハ船舶所有者ト保險者トノ間ニ成ル別派ノ契約關係ニシテ該契約ヲ締結シテ以テ一身ノ損害ヲ填補セシムルト否トハ全ク船舶所有者ノ自由ニ屬ス船舶自體並ニ之カ利用ニ因リテ當然之ニ附著スヘキ運送貨ハ初ヨリ債務者ノ視テ以テ擔保ノ目的トスル所ナリト雖モ保險契約ニ因ル填補請求權ハ決シテ債權者ノ視テ以テ擔保ノ目的ト爲ス所ノモノニ非ス殊ニ船舶所有者ハ陸產中ヨリ常ニ保險料ヲ支出セサルヘカラス彼ノ船舶ニ付キ一旦損害アリタル場合ニ保險金額ノ支拂アルハ寧ロ陸產ヨリ支出シタル保險料ニ對スル報酬ト謂フヘキナリ然ラハ則チ保險契約ニ因ル填補請求權ハ法文ニ所謂損害賠償ノ請求權ノ中ニ包含セスト爲スヲ以テ當然ト謂フヘキナリ殊ニ文字ノ意義ヨリ云フモ損害賠償ノ請求權トハ不法行爲者ニ對スル請求權ヲ謂フモノニシテ特殊ノ報酬ヲ支出シテ損害アリタル場合ニ填補セシムル保險金トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナルコト最モ明白ナリ(法典實錄第八卷一號商四二七號問題拙者解答參照)又船舶ニ付キ有スル報酬ノ請求權トハ例ヘハ船舶カ救援、救助ヲ爲シテ受クル所ノ報酬ノ如キ其他法律上運送貨ト稱スヘキモノニ非サルモ船舶所有者カ船舶ヲ利用

シテ受クル所ノ各種ノ報酬ノ請求權ヲ總稱スルモノナリ  
又法文ニ航海ノ終ニ於テアルカ故ニ運送貨ニマレ損害賠償請求權ニマレ報酬ノ請求權ニマレ總テ皆當該債權ノ生シタル航海ニ於ケル運送貨、損害賠償請求權、報酬ノ請求權ノミヲ指稱スルモノナルコト知ルヘキナリ故ニ船舶所有者ノ全財産ヲ二分シテ陸産、海産ト爲ス場合ニ於ケル海産ノ中ニハ多數ノ船舶、多數ノ航海ニ於ケル運送貨、損害賠償請求權及ヒ報酬請求權ヲ包含スヘシト雖モ各債權ニ對シテ委付スヘキ運送貨、損害賠償請求權及ヒ報酬請求權ハ多數ノ航海ニ於テ生シタルモノヲ包括的ニ指稱スルモノニ非ス即チ各債權ニ對シテ委付スヘキ運送貨並ニ請求權ハ獨リ該債權ノ生シタル航海ニ於ケル運送貨並ニ請求權ニ限ナリ故ニ各債權ニ對シテ責任アル海産ノ部分定マレリ換言スレハ船舶所有者ノ全海産ハ每航海ニ於ケル債權ノ爲メニ部分的ニ(包括的ト相對シテ謂フ)委付ノ目的ト爲ルモノナリ  
法文ニ所謂債權者トハ船舶及ヒ運送貨ニ付キ優先權ヲ有スル所謂船舶債權者ハ勿論其他一般債權者ヲモ總テ皆包含ス而シテ其債權者ハ委付ノ際知レタル債權者タルト知レサル債權者タルトヲ問ハサルモノトス故ニ委付後新ニ知レ來リタル債權者ニ對シテモ亦一旦委付ヲ爲シタル後ハ責任ヲ免ルルニ至ルモノトス

委付ハ單獨行爲ニシテ契約ニ非ス故ニ相手方ノ承諾ヲ待タスシテ其效力ヲ生ス而シテ之ヲ爲スハ書面ニテモ口頭ニテモ可ナリ又其效力ヲ生スル時期ハ民法ニ於ケル意思表示ノ一般通則ニ依テ決ラ求ムルニハ證書訴訟手續ヲ許サス何トナレハ執行判決ノ目的ハ金錢其他ノ代替物ノ給付ヲ直チニ求ムルニ非ス外國判決ノ執行許可ノ宣言ヲ求ムルニ在ルモノタルノミナラス證書ヲ以テ請求ノ原因ヲ證明スルノ要ナケレハナリ又執行判決ヲ求ムルノ手續ニ於テハ關席判決ヲ爲ス場合生セス關席判決ハ實體ニ付キ事實上ノ自白ヲ推定シテ下スモノニシテ執行判決ニ付テハ自白ヲ推定スル場合ナケレハナリ  
執行判決ニハ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナリヤ否ヤ多數ノ學者ハ通常ノ判決ト異ナルコトナシト説明セリ執行判決モノノ判決ナルカ故ニ從テ第五〇一條以下ノ要件ヲ備フルトキハ假執行ノ宣言ヲ付スルヲ得ルハ當然ナリト此問題ヲ決スルニハ執行判決ノ性質及ヒ假執行ノ宣言ヲ付スル理由如何ノ二點ヨリ論究セサルヘカラス執行判決ヲ確定の性質ノモノトセンカ消極ニ決セサルヘカラス今民事訴訟法第五〇一條以下ノ規定ニ徴スルニ假執行ノ宣言ハ主トシテ給付ヲ言渡ス判決ニ付スルモノニシテ確認判決ニ付スルコトナケレハナリ又假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ種種アリト雖モ其主要ナルハ判決ノ確定ヲ俟タスシテ急速ニ執行スルノ必要アリト云フニ在リ然ルニ執行判決ハ其基本タル外國判決ヲ確定セルニ非スシテ能ハサルモノニシテ右ノ如ク外國判決ノ確定シタル場合ニ於テハ急速ニ其執行ヲ爲スノ必要ハ存セザリシカ又ハ消滅セルモノト謂ハサルヘカラス此點ヨリ觀ルモ執行判決ニハ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノニ非サルヤ明カナリト謂ハサルヘカラス

民事訴訟法第六編以下  
強制執行 總論 強制執行ノ要件 判決  
三三

## 第二節 判決以外ノ執行名義

判決以外ノ執行名義ハ第五九條ニ規定スル所ナリ

第一 抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判 是レ即チ決定ナリ決定ハ言渡ニ因リテ

効力ヲ生スルモノアリ遂達ニ因リテ生スルモノアリ我民事訴訟法ニ於テ強制執行ノ債務名義ト爲ルモノハ獨リ民事訴訟法中ニ規定スルモノノミ限ラサルナリ民事訴訟法ニ規定スルモノハ例ヘハ第八五條第一〇一條第二九四條其他第三〇二條第三二八條ノ決定ナリ第八五條以外ノ決定ハ其決定ノミ獨立シテ執行名義トナル然ルニ第八五條ノ決定ハ獨立シテ執行名義ト爲ラス判決ト相俟テ強制執行ノ名義ト爲ルモノトス而シテ本法以外ニ於テ執行名義ト爲ルモノハ人事訴訟手續法及ヒ非訟事件手續法ニ規定セリ概シテ費用ノ負擔ヲ命スル決定ナリ外國裁判所ノ決定ハ我法律上強制執行ノ名義ト爲ラス原則トシテ外國裁判所ノ裁判ハ我國ニ於テ効力ヲ有スヘキニ非ス故ニ我民事訴訟法ニ外國裁判所ノ判決執行ニ關スル例外規定ヲ第五二四條ニ設ケタルモ決定ニ關スル規定ヲ設ケサルヲ以テ察スレハ原則ニ依リ執行力ナシト謂ハサルヘカラス

## 第二 執行命令

強制執行ニ於ケル執行命令トハ何ソヤ支拂命令、付シタル假執行ノ宣言ヲ謂フ此執行命令ハ訴訟法第三九四條ニ依レハ假執行ノ宣言ヲ付シタル關席判決ト同一ノ効力ヲ

有スルモノナリ又其形式ニ於テ同一ト看做サル故ニ執行命令ニ對シテ故障ノ申立アリタルト

キハ民事訴訟法第五一二條ニ依リ第五〇〇條ノ規定ヲ準用スルコトヲ得執行命令ハ債務者ノ承繼人ニ對シテ効力ヲ有ス又債權者ノ承繼人ノ爲メニ効力ヲ有ス之ニ付キ一ノ問題アリ支拂命令ヲ發シタル後未タ執行命令ヲ發セサル前ニ債務者ニ承繼アリタルトキハ其承繼人ニ對シ直チニ執行命令ヲ發スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ支拂命令ノ効力ハ全然消滅スルモノナルカ故ニ債務者ハ更ニ承繼人ニ支拂命令ノ申請ヲ爲シ法定期間ノ經過後ナラサレハ執行命令ヲ發スルコトヲ得ストハ我法曹會ニ於テ決議セル所ナリ其理由トスル所ハ民事訴訟法第五三條ノ反對推理ニ在リ第五三條ニハ強制執行開始後ニ債務者カ戸主タル地位ヲ辭スルカ又ハ其地位ヲ失ヒタル場合ニ於テハ此變更ノ生シタル當時債務者ノ有シタル財産ノミニ付キ強制執行ヲ爲スヲ得ヘキ旨ヲ規定シ其承繼人即チ相續人ニ對シテハ強制執行ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ暗示セリ此法條ヨリ推論スルトキハ支拂命令ハ前戸主タル債務者ノミニ對シテ効力アルモ後ニ戸主ト爲リタル相續人ニ對シテハ効力ナシト論定セサルヘカラスト謂フニ在リ然レトモ予ハ積極說ヲ以テ至當ナリト信ス是レ民法ノ理論ヨリスレハ疑ナキコトニシテ一般ノ承繼人ハ前戸主ノ有シタル財産ヲ承繼スルト同時ニ又一般債務ヲ承繼ス唯一身ニ專屬スルモノヲ除クノミ承繼人ハ法律上前戸主ノ繼續ニ外ナラス然ルニ強制執行ノ場合ニ何故ニ民法ノ原則ニ例外ヲ設クヘキモノナルヤ現ニ我民事訴訟法ハ執行文ニ付テハ第五一九條ニ依レハ債務者



ノ一般承繼人ニ對シ申請アルトキハ執行文ヲ付與スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ此規定ハ即チ民法ノ原則ヲ適用シタルモノニシテ右ノ如ク債務者カ判決ヲ受ケタルトキハ其承繼人ニ判決ノ效力ノ及フモノトスレハ簡易手續ナル支拂命令モ一ノ裁判ナル以上ハ此裁判ヲシテ承繼人ニ對シテ效力ヲ有セシムルハ原則上當然ナルモノト謂ハサルヘカラス而シテ論者ノ引用スル第五三條ハ單ニ債務者カ戸主タルノ地位ヲ失ヒ又ハ辭シタルトキハ債務者ノ死亡シタルト同一ニ見ルヘキコトヲ規定シタルニ過キサルモノナルコトハ第五一二條ト對照スレハ明カナリ然ルニ消極說ハ第五三條ノ條文上ニ表ハレサルモノヲ以テ其證據トスルモノナレハ不精確ナリト謂ハサルヘカラス

執行命令ハ民事訴訟法第二四五條ニ依リテ職權送達ニ依ルヘキモノニ非ス當事者ノ申請ヲ俟テテ其送達ヲ爲スヘキモノトス

第三 和解トハ當事者カ互ニ讓歩シテ爭アル又ハ不確定ナル法律關係ヲ止ムルハ契約ヲ謂フ我民事訴訟法上總テノ和解ハ強制執行ノ名義ト爲レト云フニ然ラス強制執行ノ名義ト爲ル和解ハ二種アリ第一ハ受訴裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ成立シタル和解(三二條)其二ハ和解ノ申請ニ基キ區裁判所ニテ調ヒタル和解(三八一條)是ナリ故ニ行政裁判所ニテ調ヒタル和解又ハ刑事裁判所ニテ調ヒタル和解ハ強制執行ノ名義ト爲ラス先ツ行政裁判所ニ於テ成立シタル和解ニ付キ述ヘンニ行政裁判所ノ訴訟手續ハ原則トシテ民事訴訟

訴訟ニ依ラス殊ニ行政裁判法ニハ判決ノ執行ノミヲ通常裁判所ニ囑託スルコトヲ得ルノ規定アルノミ故ニ民事訴訟法ノ受訴裁判所ニ該當セス刑事訴訟法ニ依レハ刑事訴訟手續ニ準用スヘキ民事訴訟法ノ規定ヲ限定セリ故ニ民事訴訟法第二二一條ハ刑事訴訟法ニ準用スルヲ得ス隨テ刑事裁判所ニテ成立シタル和解ハ民事訴訟法第二二一條ニ規定シタル和解ト爲ラス故ニ何レモ消極ノ論結ヲ爲ササルヘカラス然レトモ今日實際ニ行ハルハ積極說ニシテ刑事裁判所ニ於テ成立シタル和解モ其目的ト爲レル訴ノ本質ハ民事事件ナルカ故ニ民事訴訟ノ強制執行ノ名義ト爲ル能ハストスルノ理由ナシト云フニ在レトモ假ニ右論旨ハ正當ナリトスルモ此說ハ他ノ點ニ於テ不都合アリ民事訴訟法ニ依レハ調書ニ記載シテ明確ナラシムヘキ事項ハ第一三〇條第二項第一號ニ明白、認諾、拋棄及ヒ和解ト規定セリ故ニ民事訴訟ニ於テ和解アルトキハ常ニ調書ヲ以テ之ヲ明確ニスヘキ私訴ノ審理ニ第一三〇條ヲ準用スルノ規定ナシ隨テ裁判所書記ハ之ヲ調書ニ記載スルノ義務ヲ有セス故ニ反對說ニ從フモ調書ニ記載セラレナハ強制執行ヲ爲スヲ得レトモ然ラサルトキハ執行ヲ爲スコトヲ得サルハ明カナリ是レ反對論ノ弱點ナリ

民事裁判ト同一ノ效力ヲ有スル裁判ヲ爲ス機關アリ即チ清國ニ於ケル領事裁判所是ナリ(日清條約第二〇條第二一條及ヒ明治三十二年法律七〇號六條)領事ハ民事訴訟法ニ從ヒテ裁判ヲ爲スモノナリ是ヲ以テ領事ノ面前ニテ爲シタル和解ハ強制執行ノ名義ト爲ルモノナリ

和解ノ強制執行ノ名義ト爲ルニハ具備スヘキ要件アリ左ノ如シ

(一) 事件カ受訴裁判所ニ繼續シタルコト又ハ區裁判所ニ和解ノ申請アリシコトヲ要ス故ニ甲訴訟事件ニ付キ和解カ受訴裁判所ニテ成立シタル場合ニ當事者カ之ト同時ニ他ノ乙ノ争ニ付キ和解ヲ爲シタルト假定センニ裁判所ニ繼續セサル乙事件ニ付テノ和解ハ強制執行ノ名義ト爲ラス然レトモ裁判所ニ繫屬セサル事件ニ於テ一方カ讓歩ヲ爲スコトヲ條件トシ他ノ一方カ裁判所ニ繫屬シタル事件ニ於テ讓歩ヲ爲スコトヲ條件トシテ右兩事件ヲ合シテ之ヲ和解ノ目的物ト爲シタルトキハ兩事件ノ和解ハ其實一箇ノ和解ニ外ナラサレハ右ノ場合ニ於ケル和解ハ裁判所ニ繫屬セサル事件ニ關シテモ執行名義ト爲ルモノナリ而シテ事件カ裁判所ニ繫屬シタルコトヲ要スレトモ其裁判所カ眞ニ管轄權ヲ有スルコトヲ必要トセス

(二) 和解ノ成立カ調書ヲ以テ明確ニセラレタルコトヲ要ス(三八一條二項)

(三) 和解ノ目的タル係争事件ハ民事訴訟ノ性質ヲ有シ且確定判決ヲ經ナリシコトヲ要ス行政事件ニ關スル和解ハ民事強制執行ノ原因タルヲ得サルヤ明カニシテ又確定判決アリテ爭議ノ解決セラレタルトキハ和解ノ目的物ハ既ニ消滅シタルモノナルカ故ニ右ノ場合ニ於ケル和解ハ本來無効ナレハナリ

第四 公正證書 公正證書ハ民事訴訟法第五九條ニ依レハ亦強制執行ノ名義ト爲ルモノナリ其要件トシテハ

(一) 公證人ノ權限内ニ於テ法律ニ定メタル方式ニ從ヒ作成シタルコトヲ要ス 茲ニ所謂權限トハ第一民事ニ關スルモノナルコトヲ要シ第二ニ公證人ノ管轄區内ニ於テ作成シタルモノナルコトヲ要ス而シテ方式トハ公證人カ囑託者ト面識ヲ有スルコト若シ面識ヲ有セザルトキハ公證人ノ知己アル者ノ證明アルコト及ヒ公正證書ニハ公證人及ヒ其關係人ノ署名捺印ヲ爲スコト(公證人規則二八條三四條)其公證人規則第一〇條第三七條第三九條ニ規定セルモノ是ナリ

(二) 一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ作成シタルモノナルコトヲ要ス

此二條件ニ適セサル公正證書ハ執行名義タルノ效力ヲ有セス若シ此要件ヲ具備セサル公正證書ニ基キ強制執行ヲ爲サンカ其強制執行ハ全然無効ナリヤ否ハ後ニ論スヘシ

(三) 公正證書ニハ債務者カ直チニ強制執行ヲ受クル旨ヲ記載シタルコトヲ要スルハ言フヲ俟タサル所ナリ

公證人規則第三條ニ依レハ民事裁判所ニ公正證書偽造ノ申立アルトキハ其證書ノ執行ヲ中止スルコトヲ得ル規定アリ然ルニ民事訴訟法中ニ停止及ヒ制限ノ規定アルモ中止ノ規定ナシ然ラハ公證人規則ハ此場合ニハ如何ニ調和シテ解スヘキヤ多クノ學者ハ所謂中止ハ民事訴訟法ノ停止ニ該當スルモノナリ故ニ民事訴訟法ニ對スル特別ノ規定ニ非シテ原則ノ適用タルニ

過キスト説明セリ此點ニ付テハ後ニ論スヘシ

#### 第五 仲裁判斷 仲裁判斷ハ民事訴訟法第八〇二條ニ規定スル所ナリ

仲裁判斷トハ仲裁契約ニ依リ仲裁人トシテ選定セラレタル者カ其委任ヲ受ケタル係争物ニ付キ法律ノ規定ニ從ヒテ當事者ノ關係ヲ確定セル意思表示ナリト解スルヲ以テ至當ナリトス仲裁判斷ナルモノハ元來國權ノ發動ニ非ス故ニ判決ト同一ノ效力ナキハ勿論ナリ是ヲ以テ執行判決ニ依リテ強制執行ノ名義ト爲ルヲ得ルモノナリ執行判決ノ意義ニ付テハ前ニ述ヘタルヲ以テ略ス

破産手續ニ於テ確定セル權利名義(商一〇四九條)私訴判決(刑訴三二三條)行政裁判所ノ判決(同法二二條)臺灣法院及ヒ關東法院ノ裁判モ亦強制執行ノ名義ト爲ルモノナリ

### 第三節 執行名義ニ備フヘキ要素及ヒ執行名義ノ效力

茲ニ所謂執行名義トハ執行機關ノ行爲ニ依リテ債權者ノ満足ヲ得セシムヘキモノヲ謂フ故ニ第七三六條ニ規定セル名義ヲ包含セス

甲 執行名義ノ内包外延ニ備フヘキ要素

執行名義内包ノ要素

第一 執行名義ハ現實ノ給付或ハ作爲ヲ命スルモノナラサルヘカラス 故ニ法律關係ノ成立不

成立又ハ人ノ身分ヲ確定シタル判決、證書ノ眞否ヲ確定シタル判決或ハ除權判決ノ如キハ性質上強制執行ノ名義ト爲ラス其理由ハ元來強制執行ハ債務者カ其債務タル行爲ヲ爲ササル場合ニ於テ國家ノ強制力ヲ使用シテ之ヲ爲サシムルヲ謂フ然ルニ確認的判決ノ如キハ債務者ノ行爲ヲ俟タスシテ權利者ノ満足ヲ得セシムルヲ得ヘキモノナレハ強制執行ノ名義ト爲スノ要ナキヲ以テナリ

第二 履行ノ目的タル給付又ハ作爲ハ確定シ又ハ確定シ得ヘキモノナルコトヲ要ス 此要素ヲ必要トスルハ強制執行ノ本義ヨリ出テタルモノナリ執行ノ目的タル給付作爲等ノ確定シ得サルモノナルトキハ債權者ハ現實ニ權利ノ満足ヲ得ルコトヲ得ス然ルニ權利者ハ權利ノ満足ヲ以テ強制執行ノ目的トスルモノナルカ故ニ斯ノ如キモノハ適當ノ執行名義ト爲ルヲ得ス

第三 執行名義ニ表ハレタル給付又ハ作爲ハ物理上不能タラサルコト及ヒ法律ノ禁止ニ反セザルコトヲ要ス 是レ亦強制執行ノ本義ヨリ出ツルモノナリ物理上不能ナルモノハ權利ノ満足ヲ得ル能ハス法律上禁止セラレタルモノハ強テ之ヲ爲サシムレハ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害スルニ至ルモノナレハナリ

未來ニ引續キ或行爲ヲ爲スヘキコトヲ命セル判決ハ強制執行ノ名義ト爲ルヘキモノニ非ススト論者アリ實際ニ於テモ判例屢ニ變更セリ例ヘハ既ニ延滞セル養料ノミナラス債務者ヲシテ請求ノ期限毎ニ一定ノ養料ヲ給付スヘシトノ判決ハ強制執行ノ名義ト爲ラストノ論者アリ然

レトモ斯ノ如キ請求ハ判決ヲ爲ス當時ニ於テハ未タ執行スルコトヲ得サルモ時期ノ到來ト共ニ執行スルコトヲ得セシムルハ即チ例ヘハ養料義務者ハ毎月養料支拂ノ義務ヲ有スル故ニ判決主文ニ被告ハ毎月三十日ニ養料ヲ原告ニ支拂フヘシトアルトキハ其判決當時ニハ未來ノモノニ付テハ未タ執行力ナキモ其時期ノ到來ニ因リテ執行力ヲ生セシムルハ法理上當然ノコトニシテ實際上又大ニ便利ナルモノナリ又選擇債務ノ履行ヲ命スル名義ハ選擇權カ債權者ニ屬スルト債務者ニ屬スルトヲ問ハス又引換の給付ヲ命スル名義(被告ハ原告ヨリ金千圓ヲ受取リ米二百俵ヲ引渡スヘシトノ判決ノ如シ)又學者ノ所謂副位的義務(米二百俵ヲ引渡スヘシ若シ之ヲ引渡スコト能ハサルトキハ金千圓ヲ辨濟スヘシ)ノ履行ヲ命スル名義ハ何レモ強制執行ノ名義タルヲ得ルヤ疑ナキ所ナリ

執行名義外延ノ要素

第一、執行名義ニハ、執行權利者、及ヒ、執行義務者ヲ指名シテ之ヲ明確ニスルコトヲ必要トス、是レ執行ヲ爲サントスルニ於テ當然ナル所ニシテ若シ其要ナシトセンカ強制執行ノ機關タル執行裁判所又ハ執達吏ハ請求ノ原因ニ付キ審理セサルモノナルカ故ニ何人ノ爲メニ又何人ニ對シテ爲スヘキヤ知ルヲ得サル場合ヲ生スヘシ我訴訟法ハ特別ノ場合ニ於テハ執行文ニ之ヲ明示スルモ可ナリトセリ(五一八條五二八條)

第二、給付又ハ作爲ノ命令ハ、執行名義ニ明示スルコトヲ要ス、故ニ例ヘハ判決ニ被告ハ原告ノ

請求ニ應スヘシトアルノミニテハ適法ノ執行名義ト爲ラス其判決ノ内容タル理由ノ説明ニ依リ金何百圓ヲ辨濟スヘシ又ハ馬一頭ヲ引渡スヘシトノ命令ナリト解釋シ得ルモ主文ニ其命令ナキ以上ハ不適法ノ執行名義ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ執行機關ハ執行名義ノ主文ニ依リ其適否ヲ決セサルヘカラサルモノナルカ故ナリ

#### 乙 執行名義ノ效力

一 執行名義ノ時ニ關スル效力 元來執行名義ハ其表示スル權利ノ存在スルニ依リ始メテ執行力ヲ有スルモノナリ故ニ執行名義ヲ得タル後債權ノ時効ニ因リテ消滅シタル場合ニハ執行名義ハ其效力ヲ失フ時効ノ説明ハ民法ニ屬スルカ故ニ省略ス

執行ノ時期ニ關シテ述ヘンニ執行名義ハ常ニ其表示スル權利ヲ執行シ得ル力ヲ有スルモノニ非ス執行手續上夜間ニハ執行ヲ爲スコトヲ禁ス日曜日及ヒ一般ノ祝祭日亦然リ此等ノ場合ニ強制執行ヲ爲サントスルニハ特ニ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス又強制執行ノ名義カ或場合ニハ其效力ヲ制限セラルルコトアリ例ヘハ民事訴訟法第五〇條第五一二條第五二條第五四七條第五四九條等ノ場合ニ債務者ヨリ申請アリテ執行ノ停止ヲ命シタルトキハ其停止期間中ハ執行力ヲ有セス債務者破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其手續中ハ強制執行力ハ停止セララル商法第一〇四九條ニ破産手續ニ於テ確定シタルニ因リテ得タル權利名義ニ基キ無限ニ債權ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ規定シタルハ時効ニ罹ラサルコトヲ意味スルモノニ非ス商法草案ニ説明

スル如ク制限ナク行使スルヲ得ルコトヲ示セシモノナルノミ  
二 土地ニ關スル效力 執行名義ノ土地ニ關スル效力ノ原則ハ第五二五條ニ明示スル所ナリ執

行力アル正本ノ效力ハ之ヲ付與シタル裁判所ノ管轄内ニ止マラス總テ本邦ノ裁判區域内ニ及  
フモノトス故ニ甲裁判所ノ與ヘタル執行名義ニ依リ乙裁判所ノ管轄内ニ於テ強制執行ヲ爲ス  
コトヲ得ルハ勿論ナリ尙ホ本土ニ於テ爲シタル裁判ハ殖民地、租借地ニ於テモ執行スルコト  
ヲ得臺灣法院、關東法院ノ執行名義ハ我本土ニ於テ執行スルコトヲ得外國ニテ執行名義ノ効  
力ヲ有スルハ第五一五條ノ間接推理ニ依リ國際條約ニ於テ相互ヲ保シタルトキニ限ル但外國  
ニ於テモ本邦ノ公使館内、領事館内ニテハ直チニ強制執行ノ名義タル效力ヲ有ス

三 人ニ關スル效力 執行名義ハ債權者並ニ其一般及ヒ特定ノ承繼人ノ爲メニ其效力ヲ有ス又  
執行名義ハ債務者及ヒ其一般承繼人ニ對シテ其效力ヲ生ス而シテ債權者及ヒ債務者ニハ自然  
人ノミナラス法人ヲモ包含ス無能力者ヲ包含スルコト言フ俟タス民事訴訟法第二四四條ニ判  
決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スト規定セリ確定力ヲ有スルコトト執行力ヲ有  
スルコトトハ同一ニ論スヘカラサルモノナレトモ原則トシテ執行力ハ確定力ヲ生スルニ依リ  
テ始メテ生スルナリ隨テ主文ニ包含スル裁判ハ執行力ヲ有スルモノト謂フヲ得ヘシ主文ニハ  
請求自體ハ勿論當事者ノ資格ヲモ包含スルモノナリ然レトモ茲ニ注意スヘキハ法人ニ對スル  
執行名義ハ其代表者タル箇人ニ對シテハ執行力ヲ有スヘキモノニ非ス債務者ノ特定承繼人ニ

對シテモ亦執行力ヲ有セサルコト言フ俟タス

法人タル商事會社ニ對シテ下シタル判決ハ其無限責任社員ニ對シテ強制執行名義ト爲ルヤ否ヤ  
無限責任社員ト法人トハ法律上同一視スル能ハス即チ無限責任社員ハ法人ヲ組織スル分子ナル  
モ法人其者ニ非ス無限責任社員ハ會社カ義務ヲ盡ササル場合ニ始メテ自己ノ無限責任ニ基キ義  
務ヲ履行スヘキモノナリ會社タル法人ニ對スル執行名義ハ無限責任社員ニ對シテハ執行名義ト  
爲スヘキモノニ非サルコト理論上明カナリ  
以上ヲ以テ強制執行ノ實體の要件ヲ説了セリ

#### 第四節 執行文

第一 執行文 執行文トハ強制執行ノ形式的要件ノ一ニシテ裁判所書記カ自己ノ職權ヲ以テ又  
ハ裁判長ノ命令ニ從ヒテ交付スル公正ノ證書ニシテ執行名義カ強制執行ニ適スルコトヲ明示セ  
ルモノヲ謂フ

執行文ヲ必要トスルハ強制執行ナルモノハ原則トシテ執行名義ヲ付與スル機關ト別異ナル他ノ  
機關ニ於テ之ヲ取扱フモノナルカ故ニ其執行機關ハ執行名義カ強制執行力ヲ有スルヤ否ヤニ付  
テ容易ニ調査シ得ヘキ地位ニ在ラサルヲ以テナリ換言スレハ普通執行機關タル執達吏又ハ區裁  
判所カ其職務ヲ盡スニ當リ當事者ノ提出スル執行名義ハ強制執行ニ適スルヤ否ヤノ疑ヲ生スル



コアルヲ以テ執行機關ヲシテ執行名義カ強制執行力ヲ有スルコトヲ認識セシムル爲メ執行文ヲ必要トセシナリ

執行文ハ總テノ執行名義ニ付與スヘキモノナリ即チ其主要ナルモノハ判決ナリ執行判決ニハ執行文ヲ付スルヲ要スルヤ否ヤハ一ノ問題ニシテ予ハ執行判決ハ強制執行ノ直接名義ニ非サルヲ以テ執行文ヲ付スルコトヲ要セストノ説ヲ正當ナリト信ス然レトモ多クノ學者ノ説及ヒ今日實際ノ取扱ニ於テハ執行判決ニモ執行文ヲ必要トスルモノトセリ

同一事件ニ數多ノ判決アリタルトキハ執行文ハ何レノ判決ニ付スヘキモノナリヤ此問題ニ付テハ從來三説アリ

第一説 同一事件ニ付テ數箇ノ判決アリタルトキハ其判決全部ニ對シテ執行文ヲ付スヘキモノナリト

第二説 第一審判決ニ對スル控訴棄却及ヒ上告棄却ノ三箇ノ判決併立スルトキハ執行文ハ第一審判決ニ付スヘキモノナリ若シ第一審判決ヲ變更スル控訴判決ニ對シテ上告棄却ノ判決アリタルトキハ第二審判決ニ執行文ヲ付ス第一審判決ノ一部ヲ變更シテ他ノ一部ニ對シテ控訴棄却ヲ爲シ之ニ對シテ上告棄却ノ判決アリタルトキハ執行文ハ第一審判決及ヒ第二審判決ニ付スヘキモノナリト

第三説 根本ノ理論ハ第二説ニ同シク而モ實際ノ形式ヲ異ニス即チ執行文ハ給付文ハ引渡文ハ

作爲ノ作爲ヲ命シタル主文ヲ具體的ニ有スル判決ニ付スヘクハ審判判決クハ二審判決ノ一部ニ付キ上級審ニ於テ制限的變更ヲ加ヘタルトキハ執行文ヲ原判決ニ付シ且上級審ノ判決ニ依リテ加ヘラレタル制限ヲ附記スヘキモノナリ例ヘハ第一審ニテ被告ハ原告ニ金一百圓及ヒ其利子金三十圓ヲ返済スヘシトノ判決ヲ下シ之ニ對スル控訴ノ判決ハ主タル請求ニ關スル控訴ヲ棄却シ附帶請求ニ關スル一審判決ヲ變更シタル時即チ被告ニ對シテ利子金十五圓ヲ返済スヘシトノ判決ヲ下セル場合ニ於テハ第一審判決ニ對シテ執行文ヲ付シテ其利子ノ部分ニ付テハ第二審判決ニ依リテ加ヘラレタル制限ヲ附記ス

訴訟費用ノ裁判ニ付テハ訴訟費用額確定決定ニ執行文ヲ付スヘキモノナリ訴訟費用ノ負擔ヲ命スル判決主文其モノハ訴訟費用ノ額ヲ定メサルヲ以テ之ヲ以テ直チニ執行スルコトヲ得ス費用額確定決定ヲ俟テ始メテ執行ヲ爲スコトヲ得ルナリ其費用額確定決定ハ第五五九條ニ所謂抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ニ該當スルヲ以テ執行文ヲ付スヘキモノナリ

執行文ヲ付スヘキ執行名義ハ判決ノ外第五五九條ニ規定セリ唯此中第二號ニ規定セル執行命令ニ對シテハ執行文ヲ付スヘキニ非ス此論決ヲ生スル根據ハ第五六一條ナリ即チ執行命令ニハ其命令ヲ發シタル後債權者又ハ債務者ニ於テ承繼アル場合ニ限り執行文ヲ附記スルヲ要スト規定ス此裏面解釋トシテ承繼人ニ對シ執行ヲ爲ス場合ニアラサルトキハ執行文ヲ付スルコトヲ要セサルモノト斷定スルヲ得ヘキナリ學理的ノ説明トシテハ執行命令ハ其性質上執行文ヲ包含スル

モノナルヲ以テ之ヲ付スルコトヲ要セスト謂フニ在リ

判決ニ關スル執行文付與ノ管轄ハ第五一六條ニ規定セリ即チ本則トシテハ第一審裁判所書記之ヲ付與スヘキナリ若シ事件カ上級裁判所ニ繫屬スル場合ニ於テハ其裁判所ノ書記カ付與スヘキモノナリ即チ現ニ訴訟記録ノ存在スル裁判所ノ書記之ヲ付與スヘキモノトス

抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ニ付テモ同様ナリ

執行命令ニ付テハ第五六一條第一項ノ場合ニ限り其命令ヲ發シタル裁判所ノ書記ニ於テ之ヲ付與スヘキモノナリ

和解ハ和解ヲ爲シタル裁判所ノ書記之ヲ付與スヘキモノナリ(五六〇條)

公正證書ニ在リテハ其原本ヲ保存スル公證人之ヲ付與ス(五六二條)

第二 執行力アル正本ヲ求ムル手續 執行力アル正本(執行文ヲ附シタル判決正本)ノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(五一六條三項)而シテ裁判所書記カ之ヲ付與スルニハ左ノ二點ニ付テ調査セサルヘカラス

一 執行名義タル判決ハ其職權アル者カ作リタルモノト認ムルニ足ルヘキ形式ヲ具フルヤ否ヤ二 其判決ハ確定セルモノナルヤ否ヤ或ハ假執行ノ宣言アルヤ否ヤ

若シ以上ノ要件ヲ缺ク場合ニハ裁判所書記ハ執行力アル正本ノ申請ヲ却下セサルヘカラス然レトモ裁判所書記ハ執行名義カ果シテ尙ホ效力ヲ存スルヤ否ヤニ付テ調査スル責任ナシ右ノ如キ

調査ハ請求ノ實質ニ關スル調査ニ涉ルヲ以テ裁判所書記ニ於テハ斯ノ如キ職權ヲ有セザレハナリ然レトモ執行名義ノ真正ト執行名義ノ效力トヲ混同スヘカラス執行文付與機關ハ真正ノ執行名義カ效力ヲ有スルヤ否ヤヲ調査スルノ職權ナシト雖モ其執行名義ノ真正ナルヤ否ヤヲ調査スルノ職權アリ故ニ偽造ノ執行名義ニ對シテハ執行文ヲ付與ヲ拒絕スルヲ得ルモノナリ

執行文ノ文式ハ第五一七條ニ規定セリ即チ判決ニ付テハ前記ノ正本ハ被告某又ハ原告某ニ對シ強制執行ノ爲メ原告某若クハ被告某ニ之ヲ付與スト記載ス公證人ノ下ニ執行文和解調書ニ附スル執行文ニモ亦同様ノ趣旨ヲ記載ス而シテ執行文カ效力ヲ有スルニハ裁判所書記ノ署名捺印ヲ必要トス故ニ此二者又ハ其一ヲ缺クトキハ全然執行文タルノ效力ヲ有セス

債權者ハ數箇ノ執行力アル正本ヲ求ムルノ權利ヲ有ス(五二三條、五二六條)債權者ハ其權利ノ滿足ヲ得ル爲メニハ數箇ノ場所ニ於テ同時ニ強制執行ヲ爲スノ必要ヲ生スルコトアルヲ以テナリ而シテ此場合ニ於テ數通ノ執行力アル正本ヲ付與スルニハ裁判長ノ命令アルコトヲ必要トス裁判所書記カ執行文付與ノ申請ヲ却下シタルトキハ當事者ハ如何ナル方法ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ此場合ニハ第四六五條第四六六條四項ニ依リテ受訴裁判所ニ對シテ書記ノ處分ノ變更ヲ求ムルコトヲ得而シテ若シ受訴裁判所ニ於テ(書記ノ屬スル裁判所)此處分變更ノ申立ヲ採用セサル場合ニハ其抗告ヲ抗告裁判所ニ送付スヘキモノナリ其抗告ノ性質ハ即時抗告ナルヤ通常抗告ナルヤニ付テハ議論アリ

第一、説 通常抗告ナリ其理由トスル所ハ執行文却下ノ處分モ第四六五條ニ所謂受訴裁判所ノ裁判ナレハ同條ニ依リ抗告ヲ爲スヘキモノナリ

第二、説 即時抗告ナリ如何トナレハ此裁判ハ強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ナルカ故ニ第五五八條ニ依ルヘキモノナリ第四六五條ハ抗告ニ關スル一般ノ規定ニシテ第五八條ハ強制執行ノ手續ニ於テ爲ス裁判ニ關スル特別ノ規定ナルヲ以テ第五八條ニ從フヘキモノナリ

執行文付與ニ付テハ裁判長ノ命令ヲ必要トスル場合アリ(五二〇條)

第一 強制執行カ債務者ヨリ先ツ爲スヘキ反對給付其他ノ條件ニ繫レル場合

同時ノ履行ニ屬スル反對給付ニ關シテハ債權者ハ反對給付ノ目的物ヲ供託シテ債務者ノ履行ヲ求ムルヲ得ルヲ以テ執行文付與機關ハ裁判長ノ命令ナクシテ執行文ヲ付與スヘキモノナリ債權者ハ豫先ノ履行ノ義務ナキモノナルニ若シ其爲スヘキ反對給付ヲ證明スルニ非スハ執行文ノ付與ヲ得ヘカサルモノトセハ豫先ノ義務ヲ負ヘルト同一ニ歸スレハナリ

第二 判決ニ表示セラレタル債權者ノ一般承繼人又ハ特定承繼人ノ爲メ或ハ債務者ノ一般承繼人ニ對シテ強制執行ヲ爲スヘキ場合

何故ニ法律ハ債務者ノ特定承繼人ニ對シテ強制執行ヲ爲スヘキ場合ヲ此中ニ規定セザリシヤ或學者ハ曰ク特定承繼人カ債務ヲ承繼スルコトアリトスルモ是レ甚シキ變例ナルヲ以テ此特定

承繼人ニ對シテ強制執行ノ爲メ執行力アル正本ヲ付與スヘキニ非スト此理由ヲ以テシテハ我訴

訟法ノ解釋上未タ十分ナラス此場合ノ變例ナルコトハ債權者ノ特定承繼人アルトキト雖モ同一ナリ然レニ債務者ノ特定承繼人ニ對スル場合ノミヲ變例ナリト謂フハ何ソヤトノ批難ヲ生セン予ノ信スル所ニ依レハ原則トシテハ判決ノ效力ハ特定承繼人ノ爲メニ又ハ特定承繼人ニ對シテ及フヘキモノニ非ス如何トナレハ權利又ハ義務ノ特定承繼アリタルトキハ債權讓渡債務引受ノ場合ヲ除キ其權利又ハ義務ハ其性質ヲ變換言スレハ民法ノ規定ニ依リテ更改ヲ生スルナリ故ニ承繼アリタル場合ニ承繼人ノ有スル權利及ヒ承繼人ニ對シテ有スル權利ハ判決ヲ受ケタル前ノ權利ト同一ノモノナリト云フヲ得ス然ラハ前ノ權利ニ付テ得タル執行名義ヲ以テ後ノ權利ニ付テ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス故ニ原則トシテ特定承繼アル場合ニハ執行名義ハ效力ヲ失フトスルヲ正當トス唯法律ハ一ノ便宜規定トシテ權利者ニ特定承繼アリタル場合ニ於テ既ニ生シタル執行名義ヲ用フルコトヲ許シタルモノナリ

遺言執行者ハ相續人ノ代理人ト看做スモノナルカ故ニ之ニ對シテ強制執行ヲ爲サントスルニハ裁判長ノ命令ヲ必要トス(民法一一七條)轉付命令ヲ得タル債權者カ第三債務者ニ對シテ強制執行ヲ爲サントスルニハ轉付命令アリタル債權ニ付キ既ニ執行名義ノ存スル場合 執行文ノ付與ニ付キ裁判長ノ命令アルコトヲ要ス然レトモ破産管財人、後見人、清算人等ニ對シテ強制執行ヲ爲スニハ裁判長ノ執行文付與ノ命令ヲ要セス是等ノ者ハ債務者ノ代表者ニシテ其承繼人ニ

アラサレハナリ

第三 同時ニ數箇ノ執行力アル正本ヲ求ムル場合或ハ既ニ附與セル正本ヲ返還セスシテ他ノ正本ヲ求ムル場合(五二三條)

裁判長ハ執行文ノ付與ヲ命令スル前ニ書面又ハ口頭ヲ以テ債務者ヲ審訊スルコトヲ得(五二〇條二項五二三條二項)以上ノ場合ニ於テ裁判長ノ命令ニ基キ執行力アル正本ヲ付與スルトキハ第一第二ノ場合即チ第五二〇條ノ場合ニ於テハ裁判長ノ命令ニ基キコトヲ執行文ニ記載スヘク第三ノ場合ニ於テハ同時ニ付與スル數通ノ各正本ニ又更ニ付與スル正本ニ裁判長ノ命令ニ因リ數通ノ正本ヲ付與セシ旨又ハ第二ノ正本ナル旨ヲ明記スヘク(五二〇條三項、五二三條四項)第三ノ場合ニ於テ相手方ヲ審訊セスシテ正本ヲ付與シタルトキハ其旨ヲ執行文付與機關ヨリ相手方ニ通知スヘキモノトス(五二三條三項)第一第二ノ場合ニ於テ五二三條三項ノ如キ規定ナキハ權衡ヲ失フモノト謂フヘシ

執行文付與ニ付テ命令ヲ求ムル申立ハ如何ナル形式ヲ以テ爲スコトヲ要スルヤ此點ニ付テハ學說數多アリテ從テ又實際ノ取扱モ區區ナリトス第一說ニ依レハ裁判所書記ニ對シテ執行文付與ノ申立ヲ爲スノミ但同時ニ裁判長ニ命令アランコトヲ求ムル旨ヲ附記スルハ法律ノ禁スル所ニ非ス第二說ニ依レハ裁判長ニ直接執行文付與ノ命令アランコトヲ申立テサルヘカラス而シテ猶ホ其外ニ執行文付與ノ申請ヲ裁判所書記ニ爲ササルヘカラストシ又第三說ニ依レハ右ノ如キ場

合ハ常ニ裁判長ニ對シテ執行文付與ノ申請ヲ爲セハ足レリ其以外ニ更ニ裁判所書記ニ向テ執行文付與ノ申請ヲ爲スノ要ナシト予ノ信スル所ニ依レハ第三說ハ其當ヲ得タルモノトス即チ第五二〇條ニ依レハ第五一八條第二項及ヒ第五一九條ノ場合ニ於テハ執行力アル正本ハ裁判長ハ命令アルトキニ限リ之ヲ付與スルコトヲ得ト規定セリ即チ裁判所書記ハ裁判長ノ命令ニ從ヒテ執行文ノ付與ヲ爲ササルヘカラスト明カナルヲ以テ裁判長ニ對シテ請求スルヲ以テ足レリトス執行文付與ハ裁判所書記ノ職權ナレトモ裁判長ノ命令ニ依リテ執行文ヲ付與スル場合ノ書記一己ノ職權ヲ以テ執行文付與ヲ爲スコトヲ得サル場合ニシテ裁判所書記ハ裁判長ノ命令アリテ始メテ執行文ヲ付與スルコトヲ得ルヲ以テ此場合ニ於テハ裁判所書記ニ之カ申請ヲ爲スハ適當ナラス當事者ハ此適當ナラサル申請ヲ特ニ裁判所書記ニ向テ爲スヘキ義務ナシ故ニ當事者ハ書記ニ對シテ請求スルノ要ナク裁判長ノ命令ノミヲ請求スルヲ以テ適法ノ手續ヲ盡シタルモノト謂フヘキナリ

第三 執行文付與ノ訴 執行文付與ノ訴ハ如何ナル場合ニ之ヲ爲スヤ第五二一條ニ規定セリ前ニ述ヘタル執行文付與ニ付キ裁判長ノ命令ヲ要スル場合ニ於テ當事者ハ其命令ヲ受クルカ爲メニ必要ナル事實ヲ證明スル能ハサル場合ヲ生ス第五一八條ニ付テ云ヘハ債權者カ一定ノ條件ヲ履行シテ始メテ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルニ其條件ヲ履行シタル證明書ヲ提出スルコトヲ得サル場合アリ又第五一九條ノ場合ニ於テハ承繼ノ點ニ付テ訴訟以外ノ手續(申請)ニテ

證明スルコトヲ得サル場合ヲ生ス此場合ニ於テ債權者ハ強制執行ヲ爲サント欲セシ訴ヲ提起シテ諸般ノ證據方法ヲ以テ承繼又ハ條件ノ履行ヲ爲シタルコトヲ證明シテ執行文ノ付與ニ付キ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ルコトヲ明カニスル爲メ第五二一條ヲ設ケタルナリ然レトモ此訴ヲ提起スルニハ先ツ裁判長ノ命令ヲ求メ而シテ其申請ノ却下セラレタルコトヲ要件トセ

執行文付與ノ訴ハ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ爲ササルヘカラス故ニ縱令此訴ヲ起サントスルトキ債權者及ヒ債務者共ニ第一審ノ受訴裁判所管轄以外ニ住居スル場合ニ於テモ尙ホ第一審ノ受訴裁判所ニ訴ヲ起ササルヘカラス斯ノ如ク規定セル理由ハ第一審ノ受訴裁判所ニハ強制執行ヲ爲サントスル請求ニ關スル訴訟記録存在スルヲ以テ條件ノ到來又ハ債權者債務者ノ承繼ノ點ニ付キ審理ヲ爲スニ當リ大ニ便利ナルヲ以テナリ故ニ和解力執行名義ナルトキハ和解ヲ爲シタル裁判所ニ執行命令ナルトキハ執行命令ヲ發シタル區裁判所ニ此訴ヲ爲スヘキモノトス但其請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬セザレハ管轄地方裁判所ニ訴ヲ起スヘキモノトス(五六〇條、五六一條)公正證書ニ關シテハ同一規定ヲ準用スルコトヲ得ス此點ニ付テハ第五六二條第二項第四項ニ特ニ規定セリ即チ執行文付與ニ付テノ裁判ハ公證人カ職務上ノ住所ヲ有スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ於テ之ヲ爲シ執行文付與ニ付テノ訴ハ債務者ノ普通裁判籍地ノ裁判所(此裁判所ナキトキハ第一七條ニ從フ)ニ起訴スヘキモノトセリ是レ第一審ノ受訴裁判所ナキヲ以テ此規定ヲ設ケ

## タルニ外ナラス

公證人カ執行文ノ付與ヲ拒絕シタルトキハ執行文付與ノ訴ヲ起スコトヲ得ルヤ明白ナレトモ之ニ對シテ抗告ヲ爲スヲ得ルヤハ一ノ疑問ナリ多クノ學者ハ公證人ノ執行文付與ノ拒絕ハ民事訴訟法ニ所謂裁判若クハ處分ニ非サルヲ以テ同法ニ依リテ抗告スルノ道ナシト云ヘリ此點ニ付テハ第三章第三節ニ於テ説明スヘシ

執行文付與ノ性質 執行文付與ヲ求ムル訴ハ民法上ノ給付ヲ直接ノ目的トスルモノニ非サルカ故ニ給付訴訟ノ性質ヲ有セサルヤ明カナリ又或學說ニハ此訴ハ執行權ノ設定ニ關スル裁判所ノ行爲ヲ目的トスルモノナレハ設定訴訟ニ屬スト論スレトモ所謂執行權ナル者ハ請求權ノ有スル形式上ノ效力ノ一ニ外ナラスシテ民法上獨立セル權利ニ非ス又此訴ニ對スル判決ハ或法律關係ヲ新ニ發生セシメ若クハ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルモノニ非サレハ此訴ヲ設定訴訟ナリト謂フハ精確ナラス此論者ノ筆法ニ從ヘハ執行判決ヲ求ムル訴モ亦設定訴訟ナリト謂フヘキモノナルニ此論者ハ執行判決ヲ求ムル訴ハ給付訴訟ニ屬スルモノナリト主張シ其論理一貫セス予ハ此訴ハ確定訴訟ニ屬スルモノナリト信ス執行文ナルモノハ裁判所書記又ハ公證人ノ作成スル證明書ニシテ如何ナル債權者ノ爲メニ如何ナル債務者ニ對シ執行名義ヲ執行スヘキヤヲ確定スルモノニシテ此證明書ノ付與ヲ目的トスル訴換言セハ執行名義ノ強制執行力ヲ有スルコトヲ確定セシムルヲ以テ目的トスル訴ナレハナリ



此訴ハ給付ノ言渡ヲ求ムルニ非サルヲ以テ證書訴訟ノ形式ヲ以テ提起スル能ハス此訴ハ請求權ノ成立セシヤ否ヤニ付キ裁判ヲ求ムルモノニ非サルヲ以テ換言セハ其存在ヲ確定セル判決其他ノ執行名義ノ執行力ノ證明ヲ求ムルモノナルヲ以テ執行名義成立ノ當時ニ存セシ抗辯ヲ此訴ニ於テ提出スルヲ許サス然レトモ第五四五條ノ制限ニ從ヒ同條ニ規定セル請求ニ關スル異議ヲ此訴ニ對スル抗辯トシテ提出スルヲ得ヘシ而シテ右ノ異議存スル場合ニ於テ此訴ニ對スル抗辯トシテ之ヲ提出セスシテ執行文ノ付與後異議ノ訴ヲ起スハ法律ノ禁セサル所ナリ又執行異議ノ訴ニ於テ被告タル債權者ヨリ執行文付與ノ訴ヲ反訴トシテ提起スルヲ得ヘシ民訴第二〇〇條以下ニハ此點ニ關シ制限ヲ設ケサレハナリ

管轄裁判所 判決ノ執行文付與ノ訴ヲ管轄スル裁判所ハ第一審ノ受訴裁判所ナリ原告カ一審ニ於テ敗訴シ上級審ニ於テ被告ニ負擔ヲ命シタル場合ト雖モ亦同シ執行命令、公正證書、和解（和解ノ申請ニ基ケルモノ）ニ付キテハ通常訴訟物ニ付キ管轄權ヲ有スル區裁判所又ハ地方裁判所（債務者ノ住所ヲ管轄スル裁判所）ナリ但執行命令ヲ發シタル事件カ區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スルトキハ執行命令ヲ發シタル區裁判所ニ於テ此訴ヲ管轄ス第一審ノ受訴裁判所ニ於テ成立シタル和解又ハ上級審ニ於テ成立シタル和解ニ付テハ第一審ノ受訴裁判所ニ於テ本來管轄權ヲ有スルト否トニ拘ハラス此訴ヲ管轄ス（五二條、五六〇條、五六一條、五六二條）

當事者 ハ債權者及ヒ債務者ニシテ執行文付與機關ヲ被告トスヘキモノニアラス此訴ハ本訴ノ

訴訟代理人カ特別ノ委任ヲ受ケスシテ提起スルコトヲ得（六五條）

訴訟手續 訴狀一定ノ申立ニハ本訴ノ判決其他ノ執行名義ニ原告ノ爲メ被告ニ對シテ執行文ヲ附與セラレンコトヲ求ムル旨ヲ掲クヘク請求ノ原因トシテハ條件到來セル事實若クハ承繼アリシ事實ヲ掲クヘキモノナリ而シテ審理ノ範圍ハ右條件若クハ承繼ノ事實及ヒ第五四五條ノ異議ノ原因ノ有無ニ止マルヘク本訴ノ判決若クハ其他ノ執行名義成立ノ當時ニ於ケル請求權ノ存否ニ及フ能ハス

裁判所ハ條件到來ノ事實若クハ承繼ノ事實ヲ認定スルヲ得テ而シテ第五四五條ノ異議ノ原因ナカリシトキハ（但職權ヲ以テ此原因ヲ認ムル能ハス）執行文付與ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ之ニ反シテ右事實ヲ認定スル能ハサルトキ或ハ右事實アルモ異議ノ原因存スルトキハ訴ヲ理由ナシトシテ棄却スヘク又定期金ノ請求、學者ノ所謂副位の請求、選擇債務ニ關スル請求、引換の給付ヲ目的トスル請求ヲ認許シタル判決其他ノ執行名義ニ付キ執行文ノ付與ヲ求メタルトキハ或ハ承繼人ニ非サル破産管財人、法人ノ社員等ニ對シテ此訴ヲ起シタルトキハ凡テ許スヘカラサルモノトシテ訴ヲ棄却スヘシ

此訴ノ判決ニハ執行文ヲ附スルノ要ナク又此訴ノ判決ニハ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノニ非ス（但反對說アリ）執行文ハ負擔ヲ命スル本案ノ判決ノミニ必要トスルモノニシテ又此訴ニ對スル判決ハ民訴第五〇一條以下ニ規定セル執行名義ニ非サレハナリ

權利拘束發生後債務者ノ承繼人ト爲リタル者例ヘハ訴訟目的物ノ讓受人、質借人、受寄者等ニ對シテハ執行文ヲ付與スル能ハス從テ是等ノ者ヲ被告トセル執行文付與ノ訴ハ不適法トシテ棄却スヘキモノナリ是等ノ者ハ債務者ノ一般ノ承繼人ニ非ス而シテ是等ノ者ニ對シテ執行文ノ付與ヲ許ス獨訴第二三六條(舊第六六五條)ノ如キ規定ハ我訴訟法ニ存セサレハナリ

第四 脱退被告ニ對スル執行文 民訴第六二條ニハ第三者カ訴訟ヲ引受ケタルトキハ裁判所ハ被告ノ申立ニ因リ其被告ヲ訴訟ヨリ脱退セシム可シ其物ニ付テノ裁判ハ被告ニ對シテモ效力ヲ有シ且之ヲ執行スルコトヲ得トアレハ同一ノ主文中被告ヲ脱退セシムル裁判ト新被告ニ負擔ヲ命スル裁判ト存スル場合ニ於テハ其判決ニ執行文ヲ付スルニ當リテハ脱退被告ヲ表示スヘキヤ疑ナシト雖モ第一審判決カ被告ヲ脱退セシメ且原告ノ敗訴ヲ言渡シ第二審判決カ新被告ニ負擔ヲ命シタルトキハ二審判決ハ形式上脱退被告ニ效力ヲ及ホス能ハサルヤノ疑アリ然レトモ此場合ハ二審判決ハ一審判決ニ代ハルモノナレハ執行文ハ新被告ヲ表示セルニ審判決ニ付シ且其執行文ニ脱退セル被告ヲ表示シ以テ之ニ對シ強制執行ヲ爲スヲ得ヘキコトヲ明カニスルノ手續ヲ爲スヘキモノト信ス故ニ此場合ニハ執行文付與命令申請者タハ訴ヲ起スヘキモノニ非ス

### 第五節 執行文以外ノ要件

執行文以外ノ形式ノ要件ハ左ノ如シ

第一 執行名義ノ送達 原則トシテ強制執行ヲ始ムルニ當リテハ其開始前ニ於テスルカ或ハ其開始ト同時ニ於テ執行名義ヲ債務者ニ送達スルコトヲ要ス此原則ニ付テハ例外アリヤ否ヤ第五四二條ノ規定ニ依レハ執行行為ノ際債務者ニ爲スヘキ送達及ヒ通知ハ債務者ノ所在明カナラサルトキ又ハ外國ニ在ルトキハ之ヲ必要トセストアルヲ以テ此原則ニ例外アリトノ說ヲ生シタリキ此說ニ依レハ若シ債務者カ外國ニ在ルカ又ハ其所在不明ナルトキハ執行名義ノ送達ヲ要セスシテ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ヘシト云フニ在ルモ予ノ信スル所ニ據レハ第五四二條ノ規定ハ強制執行ノ機關ノ爲スヘキ送達又ハ通知ヲ謂フモノニシテ其執行機關カ強制執行行為ヲ始ムルコトヲ得ヘキ要件タル執行名義ノ送達ニ關スル規定ニ非スト爲スヲ法律ノ正解トス斯ノ如ク論決スル根據ハ法文ノ執行行為ナル文字ニ在リ執行行為ト稱スルモノハ強制執行ノ機關ノ爲スヘキ行為ヲ謂フ何トナレハ其行為ハ債務者ニ對シテ直チニ法律上強制執行ノ效力ヲ生スルモノナレハ若シ債權者ノ爲スヘキ行為ヲモ執行行為ト謂ハンカ債權者ハ自ラ強制執行ヲ爲スト云フニ同シク權利者ニ其權利ノ自助救済ヲ許ササル法律ノ原則ニ反スルノミナラス判決ノ送達ハ執行行為ニ屬ストノ論定ヲ生スヘケレハナリ

次ニ送達ノ時期ニ付テ述ヘンニ執行名義ノ送達ハ執行ヲ始ムル前又ハ執行ニ着手スルト同時タルコトヲ必要トス故ニ執行名義ノ送達以前ニ爲サレタル執行行為ハ不適法ナルモノト謂ハサルヘカラス

公正證書ニ基キ強制執行ヲ爲ス場合ニハ左ノ如キ疑問ヲ生ス若シ債務者カ執行ノ名義タルヘキ公正證書ノ謄本ヲ有スルナラハ此場合ニ於テハ執行名義トシテ更ニ其正本若クハ謄本ヲ送達スルコトヲ必要トセサルヤ又ハ常ニ之ヲ送達スルコトヲ要スルヤ判決ノ場合ト異ナルハ判決ノ場合ニ在リテハ通例判決ノ送達ニ因リテ判決ノ確定スルモノナルカ故ニ執行名義タルヘキ判決ハ通常送達セラレアルモノナリ之ニ反シテ公正證書ノ場合ニ於テハ公證人カ當事者ノ請求ニ因リテ直チニ其正本謄本等ヲ付與スルモノニシテ送達機關ニ依リテ送達スルコトハ通例ニ非ス而シテ公正證書ニ依レル強制執行ニ關シテハ判決ニ依レル強制執行ノ規定ヲ準用スヘキモノナルヲ以テ判決ノ送達ニ關スル第五二八條ヲ準用セサルヘカラス其準用ノ結果トシテハ公正證書ノ送達ヲ必要トストノ論決ヲ爲ササルヘカラスカ故ニ予ハ公正證書ハ假令債務者カ其正本若クハ謄本ヲ有スル場合ト雖モ執行名義タル公正證書ヲ送達スヘキモノナリト論斷スルモノナリ

次ニ送達スヘキ執行名義ハ其執行名義ノ正本タルコトヲ要スルヤ或ハ其謄本ヲ以テ足レリトスルヤ此問題ニ對シテハ區別シテ答ヘカラス先ツ判決ニ付テハ常ニ正本タルコトヲ要ス其論據ハ第三八條ニ據ル同條ニハ當事者ヨリ判決ノ送達アラシコトヲ申立ツル場合ニ於テハ其正本ヲ送達セサルヘカラスト規定セリ判決以外ノ執行名義ノ場合ニ於テハ謄本ヲ以テ足ルモノナリ例ヘハ公正證書又ハ和解調書ニ於ケルカ如シ其論據ハ第一三七條ナリ即チ送達ハ法律ニ特ニ正本又ハ認證アル謄本ヲ交付スヘキ規定ナキ場合ニハ謄本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲ストアルカ故

ニ判決以外ニ在リテハ謄本ヲ以テ足レルモノトス

第二 執行文ノ送達 此要件ハ一般ノ要件ニ非ス以下第九ニ至ルマテ皆然リ即チ執行文ノ送達ヲ要件トスル第一ノ場合ハ第五一八條ノ場合ナリ即チ判決ノ執行力保證ヲ立ツルコト以外ノ條件ニ繫ル場合ニ於テハ債權者ニ於テ其條件ヲ履行シタルコトヲ證明セサルヘカラス其第二ノ場合ハ第五一九條ノ場合ニシテ債權者ニ於テ承繼ノ事實ヲ證明セサルヘカラス以上ノ場合ニ於テハ執行名義ノ外之ニ附記スル執行文ノ執行ヲ始ムル前ニ送達スルコトヲ要スルナリ(第五二八條二項、第五六〇條)右ノ場合ニ於テ斯ノ如ク特別ナル要件ヲ必要トスル理由ハ執行名義其モノハ債務者ニ對シテハ直チニ效力ヲ有セス條件ノ履行ヲ以テ始メテ其效力ヲ生シ亦承繼人ノ爲メニ或ハ承繼人ニ對シテ執行ヲ爲スヘキトキハ執行文ニ其記載ヲ爲スニ依リテ始メテ其效力ヲ生スヘキモノナレハナリ

第三 證明書ノ謄本ノ送達 證明書ノ謄本ノ送達ヲ必要トスル場合ハ前ニ述ヘタル第五一八條第五一九條ニ從ヒ證明書ニ依リ執行文ヲ付與シタル場合ニ於ケル特別ノ要件ナリ是レ第五二八條第三項ノ規定スル所ナリ此ノ如ク證明書ノ謄本ノ送達ヲ必要トスル理由ハ前ニ述ヘタル所ニ同シ即チ執行名義ノミニテハ執行ヲ受ケントスルモノニ對シ形式上未タ效力ヲ生セザレハナリ而シテ此場合ニ於ケル送達ハ強制執行ヲ始ムル前ナルコトヲ要セス同時ニ之ヲ爲スヲ得ルナリ

第四 日時ノ滿了。執行ノ原因タル權利ノ實行力或日時ノ到來ニ繫ル場合ヲ云フモノニシテ此場合ニ於テハ其日時ノ到來前ハ未タ其權利ハ執行力ヲ生セサルヲ以テ此種ノ強制執行ニハ日時ノ滿了ヲ必要トスル所以ナリ例ヘハ養料權利者カ養料ノ支拂ヲ求ムル權利ニ付キ執行ヲ爲ス場合ノ如キ是ナリ

第五 證明書ノ提出及ヒ其送達。強制執行力債權者ヨリ保證ヲ立ツルコトノ條件ニ繫ル場合ヲ指稱ス例ヘハ民事訴訟法第五〇三條第一號ノ假執行ノ場合ニ於テハ常ニ之ヲ必要トス此要件ノ他ノ特別要件ト其趣ヲ異ニスルハ其證明書ヲ執行機關ニ提出スルコトヲ要スル點ニ在リ而シテ此ノ如ク特別要件ヲ規定シタル理由ハ強制執行ノ爲メ債權者カ保證ヲ立ツル場合ニ於テハ執行文ハ保證ヲ立ツル前ニ付與スルモノナルヲ以テ執行機關ヲシテ其要件ヲ充實シタルコトノ證據ヲ檢閲セシムルコトヲ以テ必要ト爲シタリト謂フニ過キス送達スヘキ證明書ハ強制執行ヲ始ムルト同時ニ送達スルヲ以テ足レリトス

以上證明ヲ必要トスル場合ニハ其原本ヲ提出スルコトヲ必要トセス原本ヲ以テ足レリトス證明書ノ性質ニ付テハ第五要件ノミハ公正ノ證明書タルコトヲ必要トス其他ノ場合ニハ公正ノ證明書タルコトヲ必要トセス

第六 債務者所屬ノ官廳ニ對シテ通知ヲ爲スコト。是レ第五三〇條ニ規定スル所ニシテ豫備、後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人軍屬ニ對シテ強制執行ヲ爲スヘキ場合ナリ此場合ニハ上班司令官廳

ニ之ヲ爲スヘキモノナリ例ヘハ師團司令部、旅團司令部及ヒ鎮守府ノ如シ此ノ如ク軍人軍屬ニ對スル強制執行ニ付キ上班司令官廳ニ通知セシムル理由ハ軍隊ニ於テハ風紀ヲ嚴格ニ維持セシムルノ必要アルカ故ニ官廳ニ對シテ通知ヲ爲サスシテ突然執行ヲ爲ス時ハ軍隊ノ風紀ヲ擾亂スルノ虞アルヲ以テ特ニ此要件ヲ定メタルナリ

第七 執行行為ヲ爲スニ當リ執達吏カ抵抗ヲ受クルトキハ成丁者二人又ハ市町村若クハ警察ノ吏員一人ヲ證人トシテ立會ハシムルコト。是レ第五三七條ニ規定スル所ニシテ執達吏カ抵抗ヲ受クル爲メ怒ニ乘シテ威力ヲ濫用セサルコト換言セハ公平冷靜ニ其職權ヲ行使スルコトヲ明白ニセンカ爲メナリ

第八 債務者ノ住居ニ於テ債務者又ハ成長シタル其家族若クハ雇人ニ出會ハサルトキハ成丁者二人又ハ市町村若クハ警察ノ吏員一人ヲ證人トシテ立會ハシムルコト(同前條) 是レ職權行使上不正ノ行為ヲ爲ササルコトヲ保證セシメン爲メナリ

第九 夜間日曜日一般ノ祝祭日ニ執行行為ヲ爲ストキハ執行裁判所ノ許可ヲ受タルコト且其許可命令ヲ執行ノ際債務者其他執行ノ立會人ニ示スコト。是レ第五三九條ニ規定スル所ナルカ債權者ニ如何ナル時ヲ問ハス自由ニ強制執行ヲ爲スコトヲ許ストキハ債務者ニ大ナル苦痛ヲ感セシムルカ故ニ債務者ヲ保護スル爲メ此要件ヲ定メ安息時タル夜間、日曜日、祝祭日等ニ強制執行ヲ開始スルニハ執行裁判所ノ許可ヲ要スルモノトセシナリ

第一〇 證明の要件 是レ各執行行為ノ適法ニ行ハレタルコトヲ證明スル爲メニ設ケタル手續ニシテ第五四〇條ニ執達吏ノ執行機關タル場合ニ於ケル總則の規定ヲ設ケ執達吏ノ爲ス各執行行為ニ付テハ必スヤ調書ヲ作ルヘキモノトシ且其調書ニ具備スヘキ要件ヲ詳細ニ規定セリ執達吏以外ノ執行機關ノ執行行為ヲ爲ス場合ニ於テハ第六三〇條四項第六三九條五項第六六七條ニ證明の要件ヲ規定セリ即チ配當調書、不動産競賣調書等ヲ作成スヘキコト是ナリ

右ノ外第五六六條二項第五六八條第五七五條等ニ手續上ノ要件ヲ規定セリ詳細ハ各論ノ部ニ於テ説明スヘシ

## 第六節 強制執行ノ要件ヲ具備セサル執行行為ノ效力

本節ニ於テハ強制執行ノ要件ヲ具備セシテ實施シタル執行行為ハ法律上如何ナル效力ヲ有スルヤノ問題ヲ解決スヘシ此問題ニ對スル解答ハ理論上二說ニ分ツコトヲ得第一說ハ全然無效說第二說ハ其行為ノ適法ナル手續ニ依リ取消サルルマテハ效力ヲ有ストノ說第一說ハ數理的ノ觀念ヲ根據トシテ主張セルモノニシテ簡單ニ之ヲ云ヘハ法律上特定ノ效果ヲ生スヘキ行為ヲ爲ス職權アル者カ其行為ヲ爲スニ付キ法律ノ命スル條件ヲ充タスコトヲ必要トスル場合ニ於テ之ヲ欠缺シタルトキハ其行為ハ無效ナリ換言スレハ特定ノ效果ヲ生スヘキ行為トシテハ何等ノ效力

ナシ之ヲ數理ヲ以テ譬フレハ一ト二トヲ加ヘテ三ト爲レトモ一ト一トヲ加ヘテ三ト爲ラザルト同シク或行為ニ付キ法律カ數箇ノ要件ヲ定メタル場合ニ其一要件ヲ缺キタルトキハ即チ法律ニ認メタル行為トシテハ無效ナルモノナリ此形式法上ノ理論ハ獨リ民事訴訟法上ノミナラス凡テノ訴訟手續法ノ認ムル所ナリ刑事訴訟法ニ付キ一例ヲ舉クレハ同法第一四七條ニ司法警察官カ豫審判事ヨリ先キニ重罪、輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキ其事件急速ヲ要スル性質ノモノタル場合ニハ犯所ニ臨檢シテ豫審判事ニ屬スル職權ヲ行使シ得ル旨ヲ規定セリ然ルニ若シ右刑事訴訟法ノ規定ニ反シ司法警察官カ犯所ニ臨檢ヲ爲サスシテ豫審處分ヲ爲シタルトキハ其處分ハ無効ニシテ全ク何等ノ效力ヲ生セス隨テ證人ノ訊問調書、被告人ノ訊問調書ノ如キハ司法警察官ノ作成シタル豫審處分ノ調書トシテ何等ノ效力ナシ即チ訴訟法上何等ノ證據力ヲ有セス何トナレハ司法警察官カ豫審處分ヲ爲ス要件トシテ第一、豫審判事ヨリ先キニ重罪、輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルコトヲ要シ第二、其事件ヲ豫審判事ニ通知スルコトヲ要シ第三、犯所ニ臨檢スルコトヲ要ス然ルニ臨檢ナル一箇ノ要件ヲ欠缺シタルカ故ニ其行為ハ全然無効タリ隨テ其場合ニ作成シタル調書モ亦效力ナシト云フニ在リテ今日大審院判例ノ認ムル所ナリ民事訴訟法ニ於テモ口頭辯論調書ノ如キ之カ作成ノ要件ヲ第一二九條ニ認メタリ例ヘハ其第五二公ニ辯論ヲ爲シタルコト又ハ公開ヲ禁シタルコトノ如シ右要件ニ違背シタルトキハ其手續ハ無効タリ強制執行ノ場合ニ於テモ之ト同理論ニシテ強制執行ノ要件ノ一ヲ缺キタルトキハ其執行ハ法



律上何等ノ效力ヲ生セサルモノナリト謂フニ在リ

第二説ハ之ヲ約言スレハ法律ニ規定セル要件ヲ充實シテ而シテ後法律上效果ヲ生スヘキ行爲ハ其要件ヲ欠缺スルモ形式上其存在ヲ認ムヘキトキ詳言スレハ其行爲ナリト判定スルヲ得ヘキ法律上ノ外形ヲ有スルトキハ法律ニ定メタル手續ニ依リ取消サルルニ至ルマテハ完全ナル行爲ト同一ノ狀態ニ在ルモノナリ故ニ例ヘハ判決ニ具備スヘキ要件ハ第二三六條第一號乃至第五號ニ規定セリ然ルニ其判決ニ理由ヲ缺キタルトキハ如何ト謂フニ其書面自體ニ付キ裁判所カ訴ニ對シテ辯論、證據調ヲ爲シテ下シタル判決タルコトヲ認ムルヲ得ヘケレハ之ヲ判決ト爲ササルヘカラス隨テ確定方ヲ生セサルヘカラス亦訴訟ヲ審理スルニ當リテハ書記ノ立會ヲ必要トス其場合ニ書記ノ立會ナクシテ判事ノミ出廷シ自ラ辯論調書ヲ作成シタリト假定センニ此場合ニハ口頭辯論ハ全ク存在セザリシト同一ニ看ルヘキヤト謂フニ斯ク斷定スルヲ得ス法律上ノ效力ヲ生スヘキ口頭辯論アリタルモノト爲ササルヘカラス唯手續ノ違背アリタルニ因リ上級裁判所ニ於テ取消サルルコトアルニ過キス此ノ如ク爲ササルトキハ公益ヲ害スルナリ若シ國家機關ノ爲シタル行爲ヲ其要件ノ一ヲ缺クカ爲メニ如何ナル場合ニモ全然無効ナリトスルトキハ公益ヲ害シ計ルヘカラス弊害ヲ生スルコトアルヘキヲ以テナリ故ニ國家機關カ國家機關トシテ爲シタルモノト認ムルニ足ルヘキ外形ヲ有スル以上ハ假令其要件ヲ缺クモ其行爲トシテ之ヲ認メサルヘカラスト云フニ在リ我民事訴訟法ハ執行行爲ニ關シ孰レノ主義ニ從ヒシカ今其條文ニ付テ攻究

スルトキハ第二ノ主義ヲ採リタルモノト謂ハサルヘカラス其證據ハ數多アリ著シキモノヲ舉グレハ第一ハ第五二條ノ規定ナリ同條ハ執行文ノ付與ニ對シテ債務者ヲシテ異議ヲ申立ツルコトヲ得セシムル規定ナリ債務者カ執行文ニ對シテ正當ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ル場合ハ常ニ其執行文ノ付與カ法律ノ規定ニ違反シタルトキニ在リ換言スレハ法律上ノ要件ヲ缺ク場合ナリ若シ第一説ノ如ク強制執行ハ違法ノ執行文ニ基ク不適法ナル行爲ナルカ故ニ全然無効ナリトセハ第五二條ノ規定ハ何故ニ之ヲ設ケラレタルヤヲ説明スルコトヲ得ス第二ハ第五四條ノ規定ナリ此規定モ強制執行ノ方法ニ關スル規定又ハ執行ニ際シテ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ反シタルコトヲ理由トシテ異議ヲ申立ツルコトヲ許シタル規定ナリ若シ第一説ノ如クセハ第五四條ノ場合ハ常ニ無効ナルカ故ニ此ノ如キ規定ヲ設ケタルノ必要ナシ然ルニ是等ノ規定ヲ設ケタルニ由テ觀レハ我民事訴訟法ハ第二ノ主義ヲ採用シタルモノナリト論決セサルヘカラス此第二説ハ實際適用ノ場合ニハ種種ノ難問ヲ生スルモ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ當レルモノト信ス

今第二説ニ基キ強制執行トシテ爲シタル行爲ノ法定ノ要件ヲ具備セサル場合ニ於ケル效力ニ付キ要言スレハ執行行爲トシテ法律上認ムルヲ得ヘキ外形ヲ有スルトキハ縱令實質上無効ノ原因アリ又形式上缺點アルモ當然無効ナルニ非スシテ法律ノ定メタル方法ニ因リ取消サルルマテハ執行行爲タルノ效力ヲ保有ス但第五六條二項ノ如ク特ニ要件ヲ缺ク爲メ執行行爲ノ效力ヲ生セサルコトヲ明示シタル場合及ヒ執行機關ノ行爲カ犯罪ヲ構成スル場合ハ此限ニ在ラス左ニ此

## 原則ノ適用ヲ說示セシ

(一) 執行名義ニ存スル違法 執達吏ノ面前ニ於テ成立シタル和解特定不動産ノ引渡ヲ命スル公正證書法律ノ禁止セル事項ヲ命セル判決又ハ偽造ナルコトノ確定裁判ヲ經タル執行名義ニ基キ執行行為ヲ爲シタルトキハ其行為ハ全然無効ナリ何トナレハ其行為ノ違法ナルコト一見明瞭ニシテ法律上執行行為タルノ外形ヲ備フルモノト云フ能ハサレハナリ之ニ反シテ執行名義ノ效力ノ消滅セル場合或ハ執行名義ハ偽造ナルモ未タ其偽造ノ裁判確定セサル場合ニ於テ爲シタル執行行為ハ當然無効ニ非ス何トナレハ此場合ニハ實質上ノ調査ヲ爲スニ非サレハ執行名義ノ眞否若クハ其效力ノ存否ハ判明セサルモノナルカ故ニ此場合ニ於ケル執行機關ノ行為ハ職權ノ行使ニ非スト謂フ能ハサレハナリ

(二) 執行機關ニ存スル違法 執達吏カ不動産差押命令ヲ發シタル場合又ハ公證人カ有體動產ヲ差押ヘタル場合ノ如キ法律ノ定メタル執行機關ノ行為アリトスル能ハス而シテ事實ノ調査ヲ要セスシテ其不法ナルコトヲ知ルコトヲ得ルカ故ニ此場合ニ於ケル執行行為ハ當然無効ナリ之ニ對シテ甲區裁判所カ乙區裁判所ノ管轄内ニ裁判籍ヲ有スル債務者ニ對シ債權差押命令ヲ發シタル場合或ハ甲區裁判所ニ屬スル執達吏カ乙裁判所管内ニ於テ差押ヲ爲シタル場合ニ於テハ其執行行為ハ當然無効ニ非ス執行方法ニ關スル異議ノ原因ヲ生スルモノミ以上ノ場合ニ於ケル執行機關ノ行為ハ違法ナリト雖モ無職權者ノ行為ニ非サルヲ以テ執行手續完了ス

滅スス種ノ債權者ハ其物自體ヨリ特別ニ辨濟ヲ受クヘキ權利アルモ破産ノ一般ノ執行ノ目的物タル破産財團ヨリ辨濟ヲ受クヘキ權利ナキハ當然トス故ニ斯種ノ權利者ハ別除權者タルコトヲ得ヘキモ破産債權者タルコトヲ得ス故ニ草案第七條但書ニ於テ別除權ヲ有スル者ハ此限ニ在ラスト云ヘリ

夫ノ普通ノ債權者ニシテ物上擔保權ヲ有スル債權者ハ嚴格ニ云ヘハ人的責任ト物上の責任トノ二者ヲ兼テ有スルト云フモ可ナリ換言スレハ普通ノ破産債權者タルヘキ資格ト別除權者タルヘキ資格トノ二者ヲ有スト云フモ何ナリ然レトモ斯種ノ債權者ハ若シ其物上擔保ノ全部若クハ一部ヲ拋棄シテ普通ノ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヘハ格別若シ然ラズンハ同シク但書ノ明文ニ依リ破産債權者タルコトヲ得ス換言スレハ二者ヲ兼テ行フコトハ法律上許サス但物上擔保權ヲ行使スルモ債權全部ノ辨濟ヲ得ス殘額ヲ生シタルトキハ其殘額ニ付テハ固ヨリ破産債權トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(破産三三條商九九九條)故ニ現行法ニ於テモ別除權者ハ一般ニ破産債權者タルコトヲ得ス唯擔保ノ目的物ヨリ辨濟ヲ受タルコト能ハサル殘額ニ付テノミ破産債權者タルコトヲ得ヘシ故ニ此點ハ草案モ現行法モ異ナル所ナシ又破産者カ他人ノ債務ノ爲メ自己ノ財產ヲ以テ物上擔保ヲ供與シタルトキハ是レ純然タル物の責任ナリ此場合ニハ其債權者ハ別除權ヲ有スルノミニシテ破産債權者タルヘキ資格ナキハ言ヲ俟タス

## 第二 財産上ノ請求權ナルコト

破産法 破産債權ノ定義

財産上ノ請求權トハ金錢其他金錢ニ評價シ得ヘキ請求權ヲ謂フ  
抑、破産ハ破産者ノ財産ニ對シテ一般の執行ヲ爲シ其所謂破産財團ナルモノヲ換價シテ之ニ依  
リテ金錢の満足ヲ得セシメシコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ之カ債權者タルヘキ者モ亦金錢  
の價值ヲ有スル財産上ノ請求權ヲ有スル者ノミニ限ルハ當然ナリ蓋シ債權ノ目的物ハ千差萬様  
ニシテ到底各債權者ニ債務ノ本旨ニ從ヒ實物の履行ヲ爲シ且債權者間ノ公平ヲ維持シツツ満足  
ヲ與フヘキコトハ破産手續ノ取テ金及シ得ル所ニ非サレハナリ

今破産債權トスヘキヤ否ヤニ付キ疑ハシキモノヲ述ブレハ左ノ如シ

一 作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スルハ破産債權トスヘキモノナリヤ否ヤ蓋シ破産ハ其  
宣告ニ因リ破産者ヲシテ獨リ其財産ノ管理及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ喪ハシムルノミ（破産四三  
條、商九八五條）破産者ノ作爲又ハ不作爲ノ自由ヲ失ハシムルモノニ非ス故ニ作爲又ハ不作  
爲ノ義務其モノノ履行ヲ請求スルハ破産手續以外ニ於テ爲スヘキヲ當然トス何トナレハ破  
産手續ハ前述ノ如ク唯金錢の満足ヲ與フルニ過キスシテ債務ノ本旨ニ從フ作爲又ハ不作爲ノ  
義務ノ履行ヲ爲シテ満足ヲ得セシムルコト能ハサレハナリ故ニ草案第八條但書ニ於テ作爲又  
ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スルハ此限ニ在ラスト云ヒ斯ル義務ノ請求ハ他ノ普通ノ破産債  
權ト異ナリ破産宣告後ニ於テモ破産者ニ對シ自由ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ル旨ヲ示シタ  
リ是レ固ヨリ當然トス然レトモ破産宣告後ニ於ケル不履行ニ因ル損害賠償及ヒ違約金ハ破産

債權タルコトヲ得サル旨ヲ示シ（破産二四條二號）作爲又ハ不作爲ノ義務ノ不履行ヨリ生スル  
損害賠償請求權ハ全然破産債權タルコトヲ得スト爲シタルハ草案ニ對スル立法論トシテ予ノ  
贊セサル所ナリ

作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スル債權ハ期限前ニ於テ其債直チニ破産債權ト爲スヘカ  
ラスト雖モ斯ル債權モ亦左ノ場合ニ在リテハ直チニ破産債權トスルコトヲ得

(I) 作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スル債權ナリト雖モ第三者ヲシテ代理テ之ヲ履行セ  
シムルコトヲ得債權者其費用ヲ請求スルコトヲ得ル場合ニ在リテハ其費用ノ請求權ハ之ヲ  
破産債權トスルコトヲ得ルナリ（民四一四條二項、三項、民施五四條）何トナレハ費用ノ請  
求權ハ財産の請求權ニ外ナラサレハナリ而シテ其費用ヲ支拂ハシムルニ付テハ裁判所ノ決  
定ヲ要ス然ルニ破産宣告前ニ未タ其決定ナキトキハ之ヲ破産債權トスヘカラサルヤ否ヤニ  
付キ獨逸學者間ニ議論ナキニ非スト雖モ債權ノ性質ニシテ既ニ費用ノ請求權トシテ主張シ  
得ヘキモノタル以上ハ固ヨリ破産債權トシテ主張シ得ヘキナリ唯裁判所ノ決定ヲ得テ其額  
確定スヘキモノトス

(2) 作爲又ハ不作爲ノ義務ヲ目的トスル債權ナリト雖モ破産宣告前ニ既ニ不履行ト爲リ之ニ  
因リテ損害賠償ノ請求權ヲ生シタルトキハ其請求權タルヤ之ヲ金錢の債權トシテ主張スル  
コトヲ得ヘキカ故ニ是レ亦破産債權タルコトヲ得（民四一七條）

然ラハ破産宣告ノ際未タ辨濟期到ラス損害賠償ノ請求權ト爲リ居ラサル所ノ作爲又ハ不作爲ノ目的トスル債權ハ破産手續上如何ニ取扱フヘキモノナリヤ予ハ先ツ我現行法ノ解釋ヲ述ヘ次ニ將來ニ對スル立法論ヲ述ヘン

民法第一三七條第一號ノ規定ニ依レハ凡ソ債務者ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スト云ヘリ故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ノ目的トスル債權者ニ在リテモ亦直チニ其債權ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ立法論トシテハ是非議スヘキモノアリト雖モ解釋論トシテハ又已ムヲ得サル結果トス然レトモ同條ハ破産ノ宣告ト同時ニ總テノ債權ヲシテ當然辨濟期ノ到リタルモノト爲スニ非ス唯債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スト爲スニ止マルカ故ニ破産宣告後ハ債務者ヲシテ各債權者ニ對シテ當然遲滞ノ責ニ任セシムルモノニ非ス換言スレハ破産宣告ト同時ニ各債權者ノ爲メニ損害賠償ノ請求權ヲ當然發生スルモノニ非ス故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ノ目的トスル債權者ニ在リテモ其債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルカ爲メニ當然損害賠償ノ請求權ヲ取得スルモノニ非ス破産宣告後作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ノ請求ヲ爲シ若シ其履行ヲ爲ササルトキハ玆ニ始メテ債務者ハ遲滞ノ責ニ任シ損害賠償ノ責ニ任スヘキナリ現行破産法第九八七條ニ依レハ各個債權者ハ破産處分中破産者ノ財産ニ對シテ強制執行ヲ爲スコトヲ得スト云フニ止マリ草案第八條ノ如ク汎ク權利ヲ行フコトヲ得スト云ハサルカ故ニ作爲若クハ不作爲

ノ義務ヲ目的トスル期限附債權者ハ民法第一三七條第一號若クハ現行破産法第九八八條第一項ニ依リ破産宣告後直チニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ而シテ破産者任意ニ其義務ヲ履行セサルトキハ損害賠償ノ請求權トシテ破産手續上ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

次ニ立法論ヲ考察センニ現行法ハ不當ナリ何トナレハ若シ期限ノ猶豫ヲ與ヘハ破産者ハ任意ニ履行スルコトヲ得ヘキモ若シ一時ニ總テノ作爲義務ノ債權者ヨリ其請求ヲ受クルトキハ不履行ト爲ルハ當然ナレハナリ故ニ立法論トシテ考ブレハ若シ期限到リテ債務者任意ニ履行セサルトキハ損害賠償ノ請求權トシテ破産手續上ニ於テ權利ヲ行ヒ得ルモノトスヘキナリ獨逸ニ在リテハ作爲若クハ不作爲ノ義務ヲ目的トスル債權者ハ恰モ不履行ナル條件ニ罹ル停止條件附債權ト同一ニ取扱フヲ例トス我國ニ於テハ直チニ之ヲ以テ停止條件附債權ト稱スルコト能ハサルモ唯其取扱フ之ト同一ニスレハ不公平ヲ生スルコトナカルヘキナリ

二 民法親族編ニ規定シタル幾多ノ親族權ハ破産債權ニ屬セス例ヘハ親族關係ノ認知ニ關スル請求權ノ如シ然レトモ縱令親族關係ニ原因ストハ言ヘトモ扶養ノ義務ヨリ發生シタル請求權ニ至リテハ金錢上ノ請求權ニシテ固ヨリ破産債權タルコトヲ得ヘシ(民七四七條、七九〇條、九五四條以下)抑、扶養ノ義務ノ根本的性質ニ至リテハ學者間ニ議論ナキニ非スト雖モ之ニ因リテ發生シタル金錢的請求權ニ至リテハ財産上ノ請求權タルヲ失ハス故ニ是レ亦破産債權

タルコトヲ得ヘシ然レトモ扶養ノ程度ハ扶養權利者ノ需要ト扶養義務者ノ身分及ヒ資力トニ應ジテ之ヲ定ムルモノナルカ故ニ(民九六〇條)扶養義務者ノ破産シタル場合ノ如キハ扶養ノ義務ハ實際ニ於テ名アリテ其實ナキニ至ルコト多カルヘシ殊ニ扶養ノ義務タルヤ其需要ニ應ジテ時刻刻ニ發生スルモノト見ルヲ至當ト爲スカ故ニ破産宣告前ニ請求シ得ヘキモノニ在リテハ或ハ破産債權トシテ主張シ得ヘケンモ破産宣告後ノ部分ニ付テハ次項ニ述フル所ノ破産宣告前ノ原因ニ因ル債權タルノ要件ヲ缺クカ故ニ破産債權タルコトヲ得サルナリ

### 第三 破産宣告前ニ生シタル原因ニ因ル債權タルコト

債權發生ノ原因カ破産宣告前ニ既ニ存シタルコトヲ要ス破産債權タルニ此要件ヲ必要トスルハ固ヨリ當然ノ事柄ニシテ若シ破産宣告後ノ債權者ヲモ破産債權者トシテ破産手續ニ参加スルコトヲ得ルモノトセハ其續出スルコトハ殆ト底止スル所ヲ知ラサルヘク殊ニ破産者ニ破産宣告後破産財團ノ管理及ヒ處分ヲ禁シテ爾後ノ法律行為ハ以テ破産債權者ニ對抗スルコトヲ得ス(破産四三條、五四條、商九八五條一項二項)ト爲シタル主意ト悖戾スルニ至ルヘキナリ故ニ破産宣告後新ニ債權ヲ取得スルモ破産債權者トシテ破産財團ヨリ配當ヲ受タルコト能ハスト爲シタルモノナリ

故ニ夫ノ期限附債權即チ破産宣告ノ當時未タ辨済期ノ到ラサル債權ニ在リテモ破産宣告前ニ既ニ成立セル債權タルニ相違ナキカ故ニ固ヨリ破産債權タリ得ヘシ然ルニ破産債權トシテ之カ辨済ヲ爲スニ當リ其期限ノ到來ヲ待チテ順次ニ破産財團ヨリ之カ辨済ヲ爲スモノトセハ破産手續ハ幾年月ニ涉リテ始メテ終局ヲ告クヘキヤ得テ知ルヘカラス故ニ當事者間ニ不公平又ハ損失ヲ被ラシムルコトナクシテ破産手續ヲ迅速ニ終了セシムルコトノ手段ヲ講スルコトヲ肝要トス故ニ法律ハ一方ニ於テハ債權者破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス(民一三七條一號)ト規定シ債權者ノ意向ニ從ヒ期限附債權ト雖モ直チニ破産債權トシテ其權利ノ主張ヲ爲シ得ヘキコトヲ示シ他方ニ於テハ豫期以前ニ其權利ヲ行使スルコトヲ許スモノナルカ故ニ如何ナル額ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ其債權額算定ノ方法ヲ定メタリ(草案九條乃至一二條、商九八九條)其算定方法ニ付テハ次節ニ於テ之ヲ説明スヘシ

然ルニ現行破産法ニ於テハ第九八八條第一項ニ於テ辨済期限ノ未タ到ラサル破産者ノ債務ハ破産宣告ニ依リテ辨済期限ノ至リタルモノトストセリ是レ全ク民法第一三七條第一號ト同主意ノ規定トス法文ニ辨済期限ノ到リタルモノトスト云フハ辨済期限力過リテ直チニ其時ニ變更シ來ルノ意ニ非ス唯債權者ノ任意ニテ辨済期前ニ於テ其權利ヲ行ハント欲スレハ之ヲ行フコトヲ得ルノ意ニシテ辨済期到ルヲ待チテ其權利ヲ行フコトヲ妨ケス故ニ手形債權ニ付テハ其債權者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ満期日前ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘク又満期日ノ到ルヲ待チテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ大審院モ亦此主意ヲ認ム(大審院判決錄一〇輯八卷三〇九頁以下明治三十七年三月十二日第一民事部判決)



而シテ手形債權ニ付テハ爲替手形ノ引受人又ハ引受ナキ爲替手形ノ振出人又ハ約束手形ノ振出人即チ概シテ言ヘハ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ハ勿論其他手形裏書人カ破産シタル場合ニモ其破産者ニ對シテハ總テ満期日前ニ於テ債權者ハ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ是レ民法第一三七條第一號及ヒ現行破産法第九八條第一項ニ依リ明瞭ナリ然ルニ現行破産法同條第二項ニハ「爲替手形ノ引受人又ハ引受ナキ爲替手形ノ振出人又ハ約束手形ノ振出人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其償還義務ニ付テモ前項ノ規定ヲ適用ス」ト云ヒ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ非破産者タル手形裏書人ニ對シテモ亦満期日前ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタリ人或ハ同條ニ所謂其償還義務トハ主タル債務者即チ破産者タル破産者ニ對スル償還義務ヲ満期日ニ於テ行ヒ得ル旨ヲ定メタルモノトスレハ是レ第一項ニテ既ニ足レリ特ニ第二項ヲ設クルノ必要ナシ故ニ第二項ハ非破産者タル手形裏書人ニ對スルモノタルコト明白ナリ(長谷川判事著商法正義七卷破産法四九頁)故ニ現行破産法ノ規定ニ依レハ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニハ非破産者タル手形ノ裏書人ニ對シテ満期日前ニ於テ償還請求權ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタルモノトス

然ルニ手形法第四八〇條ニ依レハ手形ノ主タル債務者ノ破産ノ場合ニハ所持人ハ前者ニ對シテ擔保請求權ヲ行ヒ得ヘキ旨ヲ定メタリ故ニ此場合ニハ手形所持人ハ破産法ニ依レハ償還請求權

アリ手形法ニ依レハ擔保請求權アリ故ニ手ハ手形所持人カ二種ノ權利ヲ擇ビ行ヒ得ルモノナリト解釋セント欲ス何トナレハ手形法ヲ以テ破産法ノ前掲ノ規定ヲ廢止シタリトハ商法施行法ノ規定ニ依ルモ毫モ明言スル所アラサレハナリ然ルニ岡野博士ハ新法廢舊法ノ原則ニ依リ破産法ノ第九八條第二項ハ手形法第四八〇條ニ依リテ廢止セラレタルモノナリト主張セラル此點ニ關スル同博士並ニ予輩ノ見解ハ法學新報第一五卷第七號及ヒ第八號ニ掲載シアレハ就テ見ラルヘシ

條件附債權亦破産債權トシテ其權利ヲ行ハシム(破案一三條)解除條件附債權ニ在リテハ破産宣告ノ當時目的タル債權既ニ成立シ居ルカ故ニ破産債權タルコトヲ得ルハ勿論ナリ停止條件附債權ニ在リテハ目的タル債權未タ存在セサルカ故ニ稍々疑アリト雖モ而モ之カ保存行爲ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供セシメ得ルコトハ當然トス(民一一九條)故ニ此觀念ニ基キ停止條件附債權モ亦破産債權トス現行法ノ解釋論トシテモ解除條件附債權及ヒ停止條件附債權共ニ破産債權タルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス唯其最終ノ效力ヲ如何ニスヘキカ又其債權額ハ如何ニ之ヲ算定スヘキカ乞フ次節ニ於テ之ヲ細説セシ

## 第二節 破産債權額ノ算定

破産債權ハ總テ之ヲ金錢ニ評價シテ其額ヲ定ム即チ債權ノ目的カ金錢ナルトキハ直チニ其額ヲ

破産法 破産債權者 破産債權額ノ算定

以テ之ニ充ツヘキモ金錢ニ非サルトキ金錢ナルモ其額カ不確定ナルトキ又ハ外國ノ通貨ヲ以テ定メタルトキハ邦貨ヲ以テ評價シテ其額ヲ定ム蓋シ破産ハ破産財團ヲ換價シテ金錢の満足ヲ得セシムルヲ目的トスルモノナルカ故ニ之ニ因リテ辨濟ヲ受クヘキ債權モ亦總テ金錢ニ評價シテ其額ヲ定ムルハ至當ノ事タリ唯其評價ノ時機ニ付テハ破産宣告ノ時ヲ以テ標準ト爲ス(破産一四條)蓋シ破産宣告前ノ原因ニ因リテ發生シタル債權ノミヲ以テ破産債權トスルモノナルカ故ニ破産債權ノ評價額ニ付テモ破産宣告ノ時ヲ以テ標準トシ其時ノ評價額ニ依ルヘキハ至當ノ事タリ

現行法ニ於テハ破産債權ハ總テ金錢ニ評價ストノ明文ナキモ第一〇二三條第一項ニ於テ破産債權ノ届出ハ請求金額何程トシテ之ヲ掲クヘキモノトシタルカ故ニ必ス金錢ニ評價スヘキモノタルコト知ルヘキナリ

蓋シ何程ノ額ヲ以テ破産債權トシテ破産手續ニ参加スルコトヲ許スヘキカ其額ニ付キ主トシテ問題ト爲ルハ期限附債權ト條件附債權トノ二トス今左ニ之ヲ分説スヘシ

#### 一 期限附債權

期限附債權ノ破産債權タルコトヲ得ルノ理由ハ前節既ニ述ヘタルカ如シ唯其何程ノ額ヲ以テ破産債權額タリ得ルカニ付テハ利息附債權ト無利息債權トヲ區別シテ觀察スルコトヲ要ス

(1) 利息附債權 利息附債權ニ付テハ其元本タル名義額及ヒ破産宣告マテノ利息ヲ以テ破産債

權ノ額トス破産宣告以後ノ利息ハ之ニ加フルコトヲ得ス(商九八九條破産二四條一號)抑、利息ハ猶ホ養料ノ義務ノ如ク時ノ經過ニ因リ元本ノ使用ニ對スル報酬ナリ故ニ破産宣告ノ時ニ於テ債權ノ期限到來シタルモノトシ之ニ辨濟ヲ爲ス以上ハ爾後ノ利息ハ之ニ加ヘサルヲ至當トス然レトモ之カ爲メニ債權者ニ破産宣告以後殊ニ破産手續中ノ利息請求權ヲ當然消滅セシムルモノニ非ス破産手續終結以後ニ於テ債權者中ノ殘額ト共ニ債務者ニ對シテ其辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ蓋シ一旦生シタル債權ハ破産手續ニ依リタルト否トヲ問ハズ未タ辨濟ヲ得サル部分ニ付テハ強制和議ニ依ルノ外ハ消滅スルコトナケレハナリ故ニ現行破産法第九八九條ニ於テモ財團ニ對シテハ破産宣告ノ日ヨリ利息ヲ生スルコトヲ止ムト云ヒテ唯財團ニ對スル關係上即チ破産手續ノ上ニ於テ利息ヲ生スルコトヲ止ムルノ意ヲ明カニセリ

(2) 無利息債權 無利息債權ニ付キ期限アルトキハ其期限到リテ始メテ其名義額ニ達スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ期限附債權ノ名義額ヲ以テ直チニ破産債權ノ額ト爲ストキハ過多ニ失ス故ニ破産宣告ノ時ヨリ辨濟期ニ到ルマテノ法定利息ヲ割引スルコトヲ要ス然ルニ其割引ノ方法ニ關シ從來三箇ノ方法行ハレ其一ハ「カルブゾヴ」式(千六百五十四年)ト稱シ元本タル名義額ヨリ破産宣告後辨濟期ニ至ルマテノ名義額ニ對スル法定利息ヲ割引スルモノ是ナリ此方法ハ最も簡便ナリト雖モ不公平ナリ何トナレハ名義額ハ期限到リテ始メテ達スルコトヲ得ヘキ金額ナルニ之ヲ基礎トシテ割引スヘキ利息ヲ計算スルノ理由ナケレハナリ故ニ此方法

ニ依レハ例ヘハ破産宣告ノ時ヨリ辨済期マテノ期間ヲ二十年トシ法定利息民事年五朱トスレハ破産債権ハ零ト爲ル割合ナリ債権アルモノ其額全ク零ト爲ルノ理由ナキニ因リ此方法ノ不當ナルコト知ルヘキナリ其ニハ「ライブニツ」式(千六百八十三年)ト謂フ其ニハ「ホフマン」式(千七百二十一年)ト謂フ此二者ハ略ホ同一ノ方法ニ依リテ破産債権額ヲ見出す即チ或未知ノ金額Xヲ見出し其Xニ破産宣告ノ時ヨリ辨済期ニ到ルマテノXニ對スル法定利息ヲ加ヘタルモノヲ以テ無利息債権ノ名義額Nニ均シカラシメ而シテ其Xヲ以テ破産債権ノ額トスルモノナリ然ルニ「ライブニツ」式ニ於テハ利息ノ計算ニ付キ重利法ヲ用ヒ「ホフマン」式ニ在リテハ單利法ヲ用フルノ差異アルノミ重利法ハ精密ナル點ヨリ云ヘハ最モ正確ナルカ如シト雖モ吾人日常ノ生活ノ程度ヨリ云ヘハ却テ實際ニ違カリテ正鵠ヲ得ス何トナレハ些少ノ利息ヲ直チニ金利ニ廻シテ運用スルコトハ銀行家仲間等ヲ除クノ外ハ善良ナル管理人ノ注意ヲ以テスルモ能ク常ニ之ヲ爲スヘキモノニ非サレハナリ故ニ吾人日常ノ生活ノ程度トシテ「ホフマン」式ヲ却テ正シトス依テ草案ハ此式ヲ採用セリ(破産九條今未知ノ破産債権ノ額ヲXトシ無利息債権ノ名義額ヲNトシ法定利率年五朱トシテ辨済期限マテノ年數ヲyトスレハ左ノ式ヲ得

$$X + \frac{Xy^5}{100} = N \quad X = \frac{10N}{100 + 5y} \quad \text{ニテ邦文ニ書ンハ}$$

破産債権額 + (破産債権額 × 法定年利率 × 年數) = 無利息債権ノ名義額

$$\text{破産債権額} = \frac{100 \times \text{無利息債権ノ名義額}}{100 + (\text{利率ノ數} \times \text{年數})}$$

若シ日數ヲ以テ計算スレハ左ノ式ヲ得日數ヲ假ニdトス

$$X + \frac{X \cdot d}{100 \times 365} = N \quad X = \frac{36500N}{36500 + d}$$

右ハ無利息債権ニシテ期限ノ確定セル場合ナリ然ルニ期限ノ不確定ナルトキモ亦同一方法ニ依リテ割引スヘキ額ヲ評定ス(破産一二條)即チ債権者ニ於テ其額ヲ評定シテ其債権ノ届出ヲ爲シ(破産一四條)債権者集會ノ調査ニ付シ異議ナクハ按ニ確定シ異議アレハ裁判所ノ判定ニ依ル(破産二三五條、二三八條、二三九條、商一〇二六條、一〇二七條)

(3) 金額及ヒ期間ノ確定セル定期金債権 例ヘハ五今年毎ニ金百圓宛二十年間給與センコトヲ約シタル債権ノ如キモ亦其定期金毎ニ期限附無利息債権ト同一ニ取扱ヒ其各定期金ヨリ割引スヘキ額ヲ定メ其割引シタル各定期金ヲ合計シテ其總額ヲ以テ破産債権ノ額ト爲スナリ故ニ例ヘハ定期金額ヲNシ未知ノ金額ヲXトシ定期期間ヲyトシ民事ノ債権年利五朱トスレハ左ノ式ヲ得

$$X + \frac{X \cdot 5y}{100} = N \quad 1) X = \frac{100N}{100+5y} \quad \text{是レ第一期分ト第二期ノ分モ亦同一方法}$$

$$\text{ニ依リ} \quad 2) X = \frac{100N}{100+5 \times 2y} \quad \text{ト爲リ第三期分、} \quad 3) X = \frac{100N}{100+5 \times 3y} \quad \text{ト爲ル故ニ是}$$

等ヲ合計シタル總額ヲ以テ破産債権ノ額トス

$$\frac{100N}{100+5y} + \frac{100N}{100+5 \times 2y} + \frac{100N}{100+5 \times 3y} + \dots = 5x \text{ (破産債権額)}$$

然ルニ斯種ノ定期金カ非常ニ長年月ニ渉ルトキハ右ニ計算シタル總額Sナルモノ非常ニ巨額ニ達シ遂ニハ或一定ノ元本額即チ毎定期間ニ對スル法定利息トシテ恰モ毎定期金ヲ生スル元本額ニ超ユルコトアルヘシ換言スレハ右ノ總額Sカ各定期ノ支拂額即チ定期金ニ相當スル法定利息ヲ生スヘキ元本額ヨリ多キコト之アルヘシ斯ル場合ニ於テハ右ノ總額Sヲ破産債権ノ額トセスシテ右ニ所謂一定ノ元本額ヲ以テ破産債権ノ額トス何トナレハ毎定期金ニ相當スル法定利息ヲ生スヘキ元本額ヲ債権者ニ辨濟スレハ債権者ハ永久ニ定期金ヲ得ルト同一ニシテ毫モ損失ヲ被ルコトナクレハナリ故ニ今其破産債権タルヘキ一定ノ元本額ヲXトシ定期ノ期間ヲ五年トシ利率ヲ民事債權年五厘トシ定期金ヲ百圓トスレハ左ノ式ヲ得

$$X \times \frac{5 \times 5}{100} = 100, X = 400 \quad \text{故ニ前記ノ總額Sカ四百圓ヨリ大ナルキトハ破産債権ノ額ハ之ヲ四百圓ニ減額シ若シSカ四百圓ヨリ小ナルトキハ依然トシテ其總額Sヲ以テ破産債権ノ額トス(破産一〇條)}$$

若シ定期金ヲ給付スル期間ノ確定セサル場合例ヘハ債権者ノ終身若クハ債権者ノ終身マテ五今年毎ニ金百圓ヲ給付スル約束アル場合ニ於テモ亦債権者ハ同一ノ方法ニ依リテ自ラ其額ヲ定メテ之ヲ届出テ債権者集會ノ調査ニ付シ異議ナクハ確定シ異議アレハ裁判所ノ認定ニ委ス

以上ハ即チ草案ニ規定スル所ノ割引方法ナリ然ルニ現行法ニハ之ニ關シテ全ク割引ノ規定ナキノミナラス第九八條第一項ニハ破産宣告ニ因リ破産者ノ債務ハ辨濟期限ノ至リタルモノトスト云ヒテ債務ノ全部ニ付キ直チニ請求シ得ルモノト爲シタルニ由リテ之ヲ觀レハ割引ハ之ヲ許ササルモノト云フヲ至當トスヘシ立法論トシテハ非議スヘキモノナルモ解釋論トシテハ已ムヲ得サルヘシ(リオンカン)三版七卷二五九號)

## 二 條件附債権

條件附債権ハ其金額ヲ以テ破産債権ノ額トス(破産一二條)

(1) 解除條件附債権 解除條件附債権ハ破産宣告ノ當時債權既ニ成立シ居ルカ故ニ破産債權タ

破産法 破産債権者 破産債権額ノ算定

リ得ルハ勿論トス然レトモ條件成就未定ノ間ニ於テ或ハ直チニ之ニ辨濟ヲ爲シ或ハ之カ相殺權ヲ認メ相殺ヲ對抗セシムルコトヲ許スハ危險ナキニ非ス故ニ解除條件附債権者ハ相當ノ擔保ヲ供スルニ非サレハ配當ヲ受クルコトヲ得ス若シ擔保ヲ供セザリシトキハ管財人ハ之ヲ寄託スルコトヲ要ス若シ該債権者カ其債務ニ付キ相殺ヲ爲ストキハ其相殺額ニ付キ擔保ヲ供シ又ハ寄託ヲ爲スコトヲ要ス(破案八三條、二五九條、二六四條四號)若シ解除條件カ最後ノ配當ノ除斥期間經過前ニ成就セサルトキハ破産手續ノ延滞ヲ防クカ爲メニ解除條件附債権者ノ供シタル擔保ハ其效力ヲ失ヒ之ヲ該債権者ニ返還シ又債権者ノ爲メニ寄託シタル金額ハ之ヲ其債権者ニ支拂フヘキモノトス(破案二六八條)若シ破産手續終結後ニ於テ條件成就シタルトキハ債務者即チ破産者ヨリ其支拂ヒタル金額ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノトス

(2) 停止條件附債権 停止條件附債権ハ目的タル債権未タ成立セサルモ債權發生原因ハ破産宣告前ニ在リ且之カ保存行為ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供セシメ得ルコト勿論ナルカ故ニ是レ亦其金額ヲ以テ破産債権タルコトヲ得ルモノトス(民二一九條破案二三條)然レトモ條件成就未定ノ間ニ在リテハ該債権ニ對スル配當額ハ之ヲ寄託スルコトヲ要ス(破案二六四條三號)又停止條件附債権者カ其債務ニ對シテ相殺ヲ對抗セント欲スルモ今直チニ之ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ若シ其債務ヲ辨濟スルトキハ後日相殺ヲ爲ス爲メ其債權額ノ限度トシ辨濟スル價格ノ寄託ヲ請求スルコトヲ得(破案八二條)而シテ若シ最後ノ配當ノ除斥期間ヲ經過スルモ停止條件成就

セサルトキハ破産手續ノ終結ヲ速ナラシムル爲メニ我草案ハ該債権ヲ斷然配當ヨリ除斥スルモノトセリ而シテ中間配當等ニ於テ該債権ノ爲メニ寄託シタル金額ハ之ヲ他ノ債権者ニ配當スヘキモノトセリ(破案二六九條、二七一條)獨新破産法ニ於テハ停止條件附債権ニ付キ條件成就ノ希望始ト之ナキモノト否トラ區別シ其希望始ト之ナキモノニ在リテハ最後ノ配當ニ於テ全ク之ヲ除斥シ否ラサルモノニ在リテハ條件成就否ノ確定スルマテ其寄託ヲ繼續ス(獨新破一五四條二項、一五六條一六八條二號、一六九條)然ルニ獨舊破産法ニ在リテハ最後ノ配當ニ於マテニ條件成就スルカ又ハ破産者カ特ニ擔保ヲ供スル責任アリシ場合ノ外ハ最後ノ配當ニ於テ停止條件附債権ハ總テ配當ヨリ除斥セラレタリ(獨舊破一四二條二項)我草案ハ畢竟獨舊法ヲ襲ヒタルモノナリ

現行法ニ於テハ解除條件附債権並ニ停止條件附債権ニ付キ特ニ規定ヲ設ケタルモノナシ若シ何等ノ規定ナシトスレハ民法ノ規定ニ從ヒ條件附債権ノ效力トシテ判斷スルノ外ナシ然ルニ民法ノ效力トシテ判斷スルニ解除條件附債権ノ破産債権タリ得ルコトハ疑ナク停止條件附債権ハ民法ニテ保存行為ヲ爲シ得ル旨ヲ認メタル以上ハ是レ亦破産債権タルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス唯其效力カ問題ナルモ解除條件附債権者ハ擔保ヲ供セシメテ配當ヲ渡スヘク停止條件附債権者ノ爲メニハ其配當額ヲ供託スヘシ(リオンカン三版七卷二五八號)若シ異議アル債権ニ屬スルトキハ第一〇二八條及ヒ第一〇二九條ノ例ニ依ル又現行破産法第一〇三〇條



前段ハ主タル債務者カ破産シタル場合ニ於テ其財團ニ對シテ債權ヲ行ヒタル者ハ協議契約ノ場合ト雖モ保證人其他ノ共同債務者ニ對シテ其全額ニ付キ權利ヲ行ヒ得ル旨ヲ定メタリト雖モ是レ固ヨリ當然ニシテ協議契約ハ唯リ破産者ニ對シテノミ其債務ヲ免除スル等ノ效力ヲ生スルニ止マレハナリ

### 第三節 多數當事者ノ債權

第一 不可分、連帶、保證等ノ原因ニ因ル共同債務者カ破産セル場合

此場合ハ其債務者ノ債權者ニ對スル關係ト債務者相互ノ關係トニ分テテ考察スルヲ要ス

一 共同債務者ノ債權者ニ對スル關係 共同債務者ノ一員若クハ全員ノ破産宣告前ニ一部ノ破産ナキ場合ニ於テハ破産債權者ハ是等共同債務者ノ各破産財團ニ對シテ其債權ノ全額ヲ以テ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒ得ルコトハ今日各國法理ノ一般ニ認ムル所ナリ(民四三〇條、四四一條、四五二條但書、商一〇三一條一項、破産案一六條)是レ手形債務ニ付テモ亦全ク同一關係ヲ生スルモノトス殊ニ現行破産法ノ規定ニ依レハ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ非破産者タル前者ニ對シテモ直チニ償還請求權ヲ行ヒ得ルコトハ既ニ説明シタリ

共同債務者中ノ一員若クハ全員ノ破産宣告前ニ一部ノ任意辨濟アリ又ハ破産手續ニ依ル一部

ノ配當アリタルトキハ破産債權ハ如何ナル額ニ於テ共同債務者ノ各破産財團ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキカ之ニ關シテ從來三箇ノ主義行ハル

第一ノ主義ハ共同債務者ノ一員カ爲ス所ノ一部ノ辨濟ハ其辨濟額ニ付テ他ノ共同債務者ノ責任ヲ無條件ニ消滅セシムルモノニ非ス債權者カ結局全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得タル場合ニ於テ始メテ先ニ債權者カ受領セル一部ノ辨濟カ有效ナル辨濟トシテ債務消滅ノ效力アリト爲ス所ノモノ是ナリ

此主義ヲ現時完全ニ行フ所ノモノハ瑞西國ニシテ共同債務者ノ一人若クハ數人カ破産宣告前ニ一部ノ辨濟ヲ爲スモ其額ニ付キ完全ニ債務ヲ消滅セシメス一部ノ辨濟アリシニ拘ラス債權者ヲシテ當初ノ全額ニ付キ各破産財團ニ付キ配當ニ加入セシムルモノナリ(瑞西二一七條)此主義ハ債權者ニ完全ナル辨濟ヲ得セシムル機會ヲ與フル點ヨリ云ヘハ誠ニ遺憾ナシ然レトモ立法上果シテ此主義ヲ採用スルヲ妥當トスルヤ否ヤハ頗ル疑問ニ屬スルノミナラス我現行法ノ解釋トシテ斯ル見解ハ固ヨリ之ヲ容ルヘキニ非ス斯ル見解ハ瑞西ノ如キ明文アル國ニ於テ始メテ採ルコトヲ得ヘキナリ

第二ノ主義ハ辨濟ニ付キ普通ノ任意辨濟ト破産ノ配當ニ依ル辨濟トヲ區別スル所ノモノ是ナリ即チ破産宣告前ノ辨濟ハ普通ノ辨濟ニシテ任意ニ之カ辨濟ヲ受クルモノナルカ故ニ其部分ニ付キ債務ヲ完全ニ消滅セシメ其殘額ニ付テノミ配當ニ加入スルコトヲ得然レトモ破産ノ配

當ニ依リテ受ケタル辨濟ハ任意ニ之ヲ受領シタルニ非ス破産ニ依リ已ムヲ得ヌ受クルニ至リタルモノナルカ故ニ斯ル辨濟部分ハ債權ヲ消滅セシメス尙ホ債權ノ全額ニ付キ其權利ヲ行ヒ得ルト爲スモノナリ佛國(佛商五四二條乃至五四四條)並ニ佛法系諸國ノ採用スル所ナリ學國破産法第八七條モ亦此主義タリシナリ

第三ノ主義ハ破産宣告當時ニ於ケル現存額ヲ以テ各破産財團ニ對シテ其權利ヲ行ハシム而シテ一旦届出テタル債權額ハ爾後終始繼續シテ其額ヲ以テ配當ニ加入スルコトヲ得セシメ縱令中途ニ於テ任意ニ一部ノ辨濟アリ又ハ他ノ破産ニ依ル配當アリトモ一旦届出テタル債權額ニ影響ヲ及ボサスト爲ス所ノモノ是ナリ是レ獨法ノ採用スル所ナリ(獨破六九條)

此第三ノ主義ニ在リテハ共同債務者ノ全員カ同時ニ破産シタル場合ト時ヲ異ニシテ順次ニ破産シタル場合トニ由リ債權者カ辨濟ヲ受ケ得ル額ニ相違ヲ來シ破産カ同時ニ來ルト順次ニ來ルトノ偶然ノ事實ニ因リテ其運命ニ差等ヲ來シ寔ニ不公平ナル觀アリト雖モ凡ソ破産債權ハ破産宣告當時ノ現額ニ依リテ其額ヲ定ムルノ外ナキカ故ニ其當時ニ於テ既ニ任意ニ一部ノ辨濟アリ又ハ破産ニ依ル配當アリテ其債權ヲ消滅セシメタル以上ハ瑞西ノ如キ明文ナキ國ニ在リテハ破産宣告當時ノ現額ヲ以テ破産債權額トスルノ外ナキモノト謂ハサルヘカラス

我民法並ニ舊商法(民四四一條、商一〇三一條一項、破案一條)ニハ單ニ其債權ノ全額ト云フト雖モ債權成立當時ノ全額ニ非スシテ破産宣告當時ノ現存額ト解セサルヲ得ヌ而シテ破産手

續中ハ終始其額ヲ以テ繼續シテ配當ニ加入シ縱令他ノ破産ニ依ル配當等はレ有ルトモ一旦届出テタル債權額ヨリ之ヲ控除スヘキモノニ非ス

二 共同債務者相互ノ關係 共同債務者カ他人ノ負擔部分ヲ辨濟シタルトキハ其相互ノ關係ニ於テ求償權ヲ有スルハ言フ俟タズ殊ニ共同債務者ノ一人若クハ數人カ破産シタル場合ノ如キハ債權者ハ其者ヨリ到底完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ他ノ共同債務者ニ請求シテ辨濟セシムルハ勿論トス從テ求償權ノ問題ハ常ニ生スルモノトス然ルニ此求償權モ亦破産債權トシテ豫メ之ヲ行ハシムルニ非スハ其效ナシ何トナレハ後日之ヲ行ハントセハ破産財團ハ既ニ他ノ破産債權者ニ分配シ終テ求償權者カ請求シ得ヘキ殘餘ヲ止メサルヘケレハナリ故ニ法律ハ將來行フコトアルヘキ求償權ノ全額ニ付キ豫メ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒタル場合ニハ右ノ求償權ハ同時ニ之ヲ破産債權トシテ其權利ヲ行ハシムルコトヲ得ヌ何トナレハ若シ之ヲ行ハシムルハ同一債權ニ付キ二重ニ其權利ヲ行ハシムルコトヲ爲レハナリ(商一〇三〇條後段、一〇三一條二項、破案一五條)然レトモ破産宣告前ニ共同債務者カ辨濟ヲ爲シ債權ノ一部ヲ消滅セシメタルトキハ其部分ニ付テハ求償權ハ直チニ破産債權タルコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ハ其既ニ消滅シタル額ニ付テハ其債權ヲ行フコト能ハサルカ故ニ二重ニ破産債權ヲ行ハシムル處ナケレハナリ現行法第一〇三〇條後段ニ於テ償還請求權ヲ行フコ

トヲ得ト云フハ是レ畢竟一部ノ辨濟ヲ爲シ求償權ノ現ニ發生シ居ル場合ヲ見タルモノニシテ將來行フコトアルヘキ求償權ヲ指スモノニハ非サルナリ何トナレハ若シ然ラサルハ債權者ト共ニ二重ニ債權ヲ行フコトト爲レハナリ又求償權ヲ破産債權トシテ其權利ヲ行ハシムル場合ニ於テハ其效力普通ノ破産債權トモ異ナル所アラサルカ故ニ同條ノ末段ニ於テ主タル債務者ノ爲メニスル協諾契約ノ效果ニ從フト云ヘルハ言ヲ俟タル所ナリトス

獨法ニ在リテハ將來行フヘキ求償權ヲ豫メ破産債權トシテ其權利ヲ行ハシムルニハ停止條件附債權トシテ之ヲ行ハシムルコトニ學說一致セリ然レトモ我草案ハ將來行フコトアルヘキ債權ナリトシ所謂將來ノ請求權ナル名稱ヲ之ニ與ヘタリ(破産二六四條五號)而シテ實際ノ取扱ハ停止條件附債權ト異ナル所ナカルヘシ

右求償權ノ問題ハ各破産財團ノ配當ニ因リ債權者ニ其債權全額以上ノ辨濟ヲ爲シ得ル場合ニ限リ其實用ヲ爲スモノトス何トナレハ全額以上ノ辨濟ヲ爲シ能ハサルトキハ債權者ハ右求償權ノ行使ニ依リテ得タルモノニ對シテモ更ニ差押ヲ爲スコトヲ得レハナリ即チ現行法第一〇三一條ノ前段ニ於テ各自ノ破産財團ノ間ニ於ケル求償權ハ之ヲ主張スルコトヲ得スト云ヘルハ是レ債權者ニ二重ニ行使スルニ至ルコトヲ恐レタルト又求償權ヲ行使スルモ債權者ハ之ヲモ差押フルコトヲ得徒ニ混雜ヲ生スルノミニシテ實用ヲ爲ササルヲ恐レタルニ由ルモノナリ而シテ其債權全額以上ノ辨濟ヲ爲シ得ル場合ニ於テハ債權者ニ其全額以上ノ支拂ヲ爲ササル

爲メノ用心トシテ各破産管財人ハ互ニ通知ヲ爲シ債權額以上ノ支拂ヲ爲ササルコトヲ努ムヘキハ勿論ナリト雖モ若シ債權額以上ノ支拂ヲ爲シタルトキハ其超過額ニ付テハ不當辨濟取戻ノ訴ニ依リ破産手續中ハ共同債務者中他ノ共同債務者ニ對シテ求償權ヲ有スル者ノ破産管財人ヨリ債權者ニ對シテ返還請求ヲ爲シ得ルモノトス何トナレハ該超過額ハ求償權ヲ有スル者ノ破産財團ニ歸スレハナリ若シ求償權者數人アルトキハ各其求償ノ額ニ應ジテ右超過額ヲ分配シ求償權ヲ有スル者ノ各破産財團ニ歸スヘキモノトス又破産手續終結後ニ在リテモ此割合ヲ以テ各破産者ヨリ債權者ニ對シテ返還請求ヲ爲シ得ヘキナリ(商一〇三一條二項末段、民四四四條)

## 第二 法人又ハ社員ノ破産ノ場合

之ニ付テハ左ニ幾多ノ場合ヲ分チテ説明スヘシ

一 法人ノ債務ニ付キ無限ノ責任ヲ負フ者例ヘハ合名會社、合資會社又ハ株式合資會社ノ無限責任社員カ破産シタル場合ニハ法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋シ無限責任社員ハ法人ノ債務ニ付キ連帶シテ其責任ヲ負ヘハナリ(商六三三條、一〇五條、破産一七條)有限責任社員ノ破産ノ場合ニハ其出資額カ未ダ悉ク會社ヘ出資サレサルトキハ會社カ通常其出資額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フヘキモ會社ノ債權者モ亦出資額ヲ限度トシ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得何トナレハ有限責任社員其

出資額ニ付テハ會社ノ債權者ニ對シテ直接ニ責任ヲ負ヘハナリ(商一〇五條、六三條)株式會社ノ株主カ破産シタルトキハ會社ノ債權者ハ其破産債權者タルコトヲ得ス何トナレハ株主ハ其直接ノ債權者ニ非サレハナリ

二 法人ノ破産シタル場合ニ於テ其法人ノ社員又ハ株主ハ自己ノ持分權若クハ株主權ヲ以テ破産債權トシテ屈出ツルコトヲ得ス蓋シ是等ノ出資ハ寧ロ會社ノ破産財團ノ基礎ヲ成スモノニシテ若シ是等ヲモ尙ホ破産債權トスルコトヲ得ハ責任財團皆無ト爲ルニ至ルヘシ社員若クハ株主ハ法人ノ債務ヲ完済シタル後殘餘財産ニ對シ出資ニ應ジテ配當ヲ受クルノ權利ヲ有スルノミ尙ホ法人ノ破産シタル場合ニ於テ社員ノ債權者即チ私債權者カ破産債權者タルコトヲ得サルコトハ法人ハ社員ノ債務ニ付キ保證の責任ヲ負ハサルニ由リ明白ナリ

解散シタル法人ハ破産ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尙ホ存續スルモノト看做ス(破案五條)是レ固ヨリ當然ノ事ニシテ折角法人ナル假定ヲ設ケテ之ニ對スル權利義務ヲ認メタルニ若シ解散ト共ニ當然權利主體ヲ消滅スルモノトスルトキハ在來ノ權利義務ハ如何ニ處理スヘキヤ知ルヘカラス故ニ民法並ニ商法ニモ普通ノ清算ニ付テハ各、其規定アリ(民七三條、商八四條)草案ハ破産ニ關シテ法人一般ニ通シテ規定ヲ設ケタルナリ現行法ニハ斯ル明文ナシト雖モ理論上同一ノ見解ヲ採ラサルヘカラス

三 法人及ヒ法人ノ債務ニ付キ無限責任ヲ負フ者カ同時若クハ順次ニ破産シタル場合ニ於テモ

## 雜 錄

○判檢事、辯護士試験合格者 本年度施行セル判檢事登用第一回試験合格者五十五名中本大學卒業生ハ九名ニシテ受験者八十八名ニ就テ之ヲ見レハ一割二分強ノ好成绩ヲ示セリ尙ホ辯護士試験合格者十四名中本大學卒業生一名アリタリ

## ○大審院判例要旨

○手形方式上ノ氏名及商號 所謂通稱ナルモノカ之ヲ手形上ニ記載スルニ於テ其方式ノ適法ナルヤ否ヤニ付審按スルニ手形行爲ヲ爲スニ當リ其手形ニ記載スル氏名又ハ商號カ必ス公簿上ノモノニ限ルヘキ理由ナク要ハ其本人ノ誰タルヲ表彰スルニ在ルヲ以テ氏名若クハ商號タル形體ヲ具フルモノニシテ本人カ之ヲ慣用スルニ依テ其知人若クハ隣佑間其稱呼タルコトヲ知レル場合ニ在テハ所謂通稱ハ勿論雅號ト雖モ手形方式上ノ氏名又ハ商號タルニ於テ毫モ差支アルコトナシ(明治三十九年(一)第一五八號)

○手形ノ變造前ニ裏書シタル者ノ責任 上告人カ本件手形ニ裏書シタルハ明治三十七年三月二十七日ニアリシコト其當時ハ滿期日記載ノ場所ニハ單ニ明治三十七年トノミアリテ形式上

全ク一覽拂ノ約束手形タリシコト及乾新兵衛カ明治三十七年八月三日ニ於テ振出人ノ承諾ナクシテ右明治三十七年トアル下ニ「九月二十五日」ト記入スルコトヲ上告人ニ於テ承諾シテ手形變造ニ加功シタリトノコトハ原院ノ確認スル所ナリ而シテ上告人ノ本件手形ニ付キ負フヘキ責任ヲ判示スルニ當リ「然ルニ被控訴人兩名(上告人ハ其一名)ハ前段説示ノ如ク之ヲ満期日アル手形ニ變造シタルモノナルヲ以テ其變造者タル被控訴人ハ自己ノ行為ニ付其拘束ヲ受クヘキハ當然ナレハ其變造ノ情ヲ知ラサル善意ノ取得者ニ對シ其變造シタル文言ニ從ヒ各目之カ責任ヲ負擔スヘキヤ勿論ナリトス」ト斷定セリ此斷定ノ理由ハ蓋シ上告論旨所論ノ如ク商法第四百三十七條ノ規定ニ則リシモノナラン乎果シテ然ラハ原院ノ認定セシ事實ニ依レハ上告人カ手形ニ署名セシハ明治三十七年三月二十七日ニシテ變造シタルハ其裏書讓渡後ナル同年八月三日ナルカ故ニ署名シタル手形ヲ變造シタルモノニシテ同條ニ所謂變造シタル手形ニ署名シタル者ハ云云ニ該當セサルヤ明カナレハ上告人ハ變造シタル手形ノ文言ニ從ヒ責任ヲ負フヘキ筈ナク其署名ノ當時ハ本件ノ手形ハ一覽拂ノモノナリシコト原院ノ認ムル所ナレハ一覽拂ノ手形ノ裏書人トシテノミ責任ヲ負フヘキナリ然ルニ満期日アル手形ノ裏書人タル責任ヲ上告人ニ負擔セシメントスルハ不法タルヲ免カレス同上

# 法學志林

第八卷 每月一回廿日發行  
第十一號 定價一冊拾貳錢  
十一月廿日 郵稅共  
發行所 壹圓貳拾錢

◎志

林

民法上ノ疑義  
錯謬ト贓物ニ關スル罪  
商工業發達ノ基礎  
將來ノ債務ニ對スル保證ニ就テ

法學士 池田寅二  
法學士 牧野英一  
法學士 乾野津彦  
刑法二題(牧野法學博士)

◎質疑

典

民事訴訟法四題(板倉法學士)  
刑訴訴訟法一題(牧野法學士)  
物權債權ノ區別ニ就テ  
韓國ノ土地建物證明規則  
法界漫言

法學士 三浦信三  
法學士 京川漁史

◎判

錄

大審院判決例二十五件

◎雜

報

帝國議會ノ召集日智縣約、發長○刑法改正案、修正○電報市警署調查○電報事故ノ統計○學生ノ退學○全  
國公法人ノ現在及過去○富山地方裁判所ノ管內管轄○醫院廣告ノ取締○增修後ノ巡査  
志願者○韓國及朝鮮之法律○法政大學附屬宿舍開舍式○法政速成科第三班卒業試驗問題○博士歡迎會○校友信問  
○校友會韓國支部規則○法政大學附屬宿舍開舍式○法政速成科第三班卒業試驗問題○博士歡迎會○校友信問  
○校友會韓國支部規則○校友會韓國支部規則○校友會韓國支部規則○校友會韓國支部規則○校友會韓國支部規則

◎記

發行所

法政大學

(電話番町一七四番)



校外生規則摘要

- 一 十ヶ月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 

一 一ヶ月分	各學年	金四拾錢	全學年	金壹圓
六ヶ月分	各學年	金貳圓二拾錢	全學年	金五圓五拾錢
一 一學年分	各學年	金四圓五拾錢	全學年	金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義録ノ到達セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ疑義アルトキハ講義録ノ番號ノ科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ、主旨明瞭ニシテ解答ノ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルル向ハ納付ノ部  
度定額ノ外ニ振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ  
添ヘ振込マルヘシ

振替貯金口座『三九四番』

明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可

明治三十九年十一月廿九日印刷  
明治三十九年十一月三十日發行  
(定價金五拾錢)

東京市牛込區牛込北町十番地  
編輯兼 發行 萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地  
印刷者 重利俊夫

東京市牛込區西久保明舟町十一番地  
印刷所 金子活版所

發行所

私立法政大學

電話番町『一七四番』

東京市牛込區富士見町六丁目十六番地